

بحوث وتعليقات على الأحكام

في المسؤولية المدنية

وغيرها من موضوعات القانون المدني

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

استاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقا
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية
والمجلس ادى محكمة النقض

جميع وتنسيق

هدى النخبر

الحامية ودبلوم الدراسة العليا في القانون الخاص وفي القانون الجنائي

١٩٨٧



Bibliotheca Alexandrina

0030684

بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقا
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية
والعلمي لدى مكتبة النفوس

جميع وتصيل

مركز الفكر

المعالي: دبلوم الدراسة العليا في القانون الخاص وفي القانون الجنائي

تقديم

كان السبب في اختياري نظرية دفع المسؤولية المدنية موضوعا لرسالة الدكتوراه منذ نيف وخمسين عاما ما لسته قبل ذلك بست سنوات من خلاف ظاهر بين أحكام محكمة النقض الفرنسية حينذاك في شأن اعتبار فعل الغير في ذاته سببا أجنبيا تدفع به مسؤولية المدعى عليه أو عدم اعتباره كذلك الا اذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي وهى كون الفعل غير متوقع ولا ممكن توقعه أو تفاديه أو درء نتائجه .

وقد أغرائنى هذا الخلاف بين أحكام المحكمة العليا الفرنسية على أن أعكف على تجميع تلك الأحكام المتعارضة وتحليلها والتغلغل في ثنايا أسبابها ووقائعها ، وتمكنت بذلك من كشف مكنونها ، وتوصلت الى العامل المشترك بين أحكام كل فريق من الفريقين المتعارضين ، واستطعت ردها جميعا الى أصل عام هو الذى يشكل نظرية السبب الأجنبى الذى تدفع به المسؤولية المدنية ، بما فيها تعريف السبب الأجنبى وما يشترك فيه وما يشمله ، أعنى القوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ المصاب أو فعله غير الخطأ وخطأ الغير أو فعله غير الخطأ .

وكانت نتيجة هذه التجربة مشجعة لى على متابعة أحكام محاكمنا المصرية بالبحث والتحليل ، والوقوف عندما يبدو منها متعارضا ، لاستكناه أسباب الاختلاف بينها ، ومحاولة جلائها في ضوء الأصول القانونية العامة ، سواء للتوفيق بينها بعدد الكشف عن خصوصيات الوقائع التى اقتضت هذا التباين الظاهر في الأحكام ، أو لبيان وجه الصواب في شأنها .

ومنذ ذلك الحين دأبت على العناية بمطالعة أحكام المحاكم ، وبخاصة الصادرة منها في شأن المسؤولية المدنية .
وامعان النظر في وقائع كل منها لأستبين ما أثر منها في توجيهه الوجهة التي انتهى إليها ، سواء أفصح الحكم ذاته عن ذلك أو لم يفصح ، ودونت الكثير من ملاحظاتي في تعليقات على الأحكام نشر بعضها في أواخر الثلاثينيات وأكثرها في الأربعينيات في مجلة "القانون والاقتصاد" ، والبعض الآخر في الخمسينيات في مجلة التشريع والقضاء التي كانت تصدرها دار النشر للجامعات المصرية .

وقد عانيت في هذه التعليقات ببعض نقاط الخلاف أو القصور التي بدت في أحكام المحاكم ، وبخاصة تلك التي اختلفت في شأنها الشراح ، سواء في فرنسا أو في مصر .
أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مسألة جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية أو عدم جوازها ، وطبيعة مسؤولية ناقل الركاب وهل تعتبر عقدية أم تقصيرية ، ومدى صحة القول بالتزام هذا الناقل بموجب عقد النقل ذاته بضمان سلامة الراكب ، ومسألة وحدة الخطأ المدني والخطأ الجنائي أو ازدواجهما ، ومسألة تكييف الفعل الضار وتعيين السبب في دعوى المسؤولية المدنية وسلطة المحكمة في ذلك : وضبط معيار الخطأ ونقد التعويل فيه على التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية والاستعاضة عنها بالتفرقة بين الظروف الظاهرة التي توحى إلى الغير أن الفاعل سيسلك مسلكا معينا والظروف غير الظاهرة التي لا يمكن أن توحى بشيء من ذلك ، وتكييف ضرر الموت بأنه ضرر مادي ينشأ الحق في تعويضه في ذمة المجنى عليه من وقت اصابته المفضية إلى الموت وينتقل منه إلى ورثته دون قيد أو شرط ، أو بأنه ضرر أدبي لا ينتقل الحق في تعويضه إلى الورثة مادام المجنى عليه لم يطالب به قبل وفاته ،

ومدى مسئولية السيد أو المتبوع عن فعل خادمه أو تابعه .
 وهل تقتصر على ما يقع من الخادم أو التابع في أداء وظيفته
 بالذات . أم تشمل ما ارتكبه منه حتى في مجاوزة أعمال
 وظيفته ، ولو كان ارتكابه اياه لباعث شخصي محض كدافع
 الانتقام من عدو له .

وفي غير المسئولية المدنية استلقت نظري ما جرت
 عليه أحكام المحاكم عندنا وأغلبية الشراح من اعتبار
 الوارث - الذي يطعن في تصرفات مورثه المدونة في محررات
 عرفية بأنها صدرت منه في مرض الموت - أنه من الغير
 بالنسبة الى ثبوت تاريخ هذه المحررات ، فغلقت تعليقا
 مطولا على هذا الرأي مبينا مخالفته للأصول القانونية ،
 فضلا عن مساوئ نتائج العملية . وكذلك هالني الخلاف
 بين الشراح ، سواء في فرنسا أو في مصر ، بشأن تبعة
 هلاك محل العقد ، وتعدد الآراء في هذا الشأن بقدر عدد
 الشراح ، خصوصا في ظل التقنين المدني المختلط والتقنين
 المدني الأهلي اللغيين حيث أجمع الشراح على تعارض
 نصوصهما وتناقضهما ، فتناولت هذه المسألة في دراسة
 مستفيضة مقارنة خلصت منها - بالاستعانة بأحكام الشريعة
 الإسلامية - الى رأى يوفق بين جميع النصوص التي
 رميت بالتعارض والتناقض ، ويتسق مع الأصول القانونية
 المسلمة .

وقد أثمرت بعض هذه البحوث والتعليقات نتائج
 طيبة ظهرت أحيانا في تحول الشراح نحو الوجهة
 الصحيحة التي أشرت اليها (كما في موضوع اعتبار
 الوارث الذي يطعن في المحررات الصادرة من مورثه بأنها
 صادرة منه في مرض الموت ليس غيرا بالنسبة الى ثبوت
 تاريخ هذه المحررات أى باعتبار تاريخها العرفي حجة عليه

الى أن يثبت هو عدم صحته (وأحيانا في أخذ قضائنا
العالي بما أثرت به (كما يبين في حكم لمحكمة الادارية العليا
أخذ بالتفرقة بين الظروف الظاهره والظروف غير الظاهرة
التي قلت باستبدالها بالتفرقة بين الظروف الخارجية
والظروف الداخلية ، كذلك في أحكام محكمة النقض التي
أخذت باعتبار أن تكيف الفعل الضار ووصف المسؤولية
بأنها عقدية أو تقصيرية مسألة قانونية تقضى فيها المحكمة
وفقا للقانون وبصرف النظر عن التكيف أو الوصف الذي
يسبغه عليها المدعى وما يترتب على ذلك من سلطة المحكمة
في تغيير وصف دعوى المسؤولية من تلقاء نفسها ومن اجازة
هذا التغيير للمدعى لأول مرة في الاستئناف) •

وما زال يحدوني الأمل بأن ما لم يثمر منها حتى الآن
سوف يثمر اذا أتيت له فرصة انتشاله من النسيان بإعادة
نشره في مجموعة واحدة ميسرة وتسلط الأضواء عليه •
اذ أن هذه البحوث والتعليقات قد نشرت منذ عشرات
السنين موزعة بين مجالات عديدة مختلفة يصدر بعضها في
مصر والبعض الآخر في بلاد عربية أخرى كثيرة وبعضها
باللغة الفرنسية دون العربية ، مما جعل الوصول اليها
والاطلاع عليها عسيرا • لذلك رأيت أن أجمعها في مجلد
واحد بعد التنسيق بينها بحيث تجيء التعليقات المتصلة
بكل موضوع على حدة جنباً الى جنب حتى يبين ما بينها
من ارتباط وتكامل ، ولو ظهر فيها بسبب هذا التقريب
بعض التكرار أحيانا ، وهو تكرار لم يظهر فيها عند نشرها
متفرقة ، وانما جاء نتيجة لجمعها في مجموعة واحدة وتقرير
نقاط الموضوع الواحد بعضها من بعض مع المحافظة على
الأصل السابق نشره دون مساس به أو تعديل فيه ، ذلك
أنى أردت الاحتفاظ لكل من هذه البحوث والتعليقات
باستقلاله واعادة نشره بالصورة التي نشر بها أصلا في

أطار الزمن الذى كتب فيه وفي ظل النصوص التى كانت سارية حينئذ وفي ضوء الوقائع التى فصل فيها الحكم والتي كان عليه أن يحقق العدالة فى شأنها ، بحيث يتاح للقارئ أن يتمثل مسرح الحوادث كاملا ، تمكينا له من الاحاطة بكل ما دار فى ذهن المحكمة وقتذاك ، مما وجهها الى القضاء الذى انتهت اليه .

والى جانب هذه البحوث والتعليقات ، كانت لى خبرة طويلة فى تنقيح القانون المدنى ، حيث اشتركت فى جميع أعمال هذا التنقيح برئاسة أستاذى الدكتور عبد الرزاق أحمد السهنورى وأسهمت فى جمع نصوص التشريعات المقارنة ، وفى صياغة بعض نصوص المشروع التمهيدى وفى مناقشة المشروع كله أكثر من مرة وفى ترجمة المشروع النهائى من الفرنسية الى العربية وفى تتبعه فى جميع المراحل التشريعية التى مر بها فى مجلسى النواب والشيوخ ثم فى ترجمته الى الفرنسية بعد اصداره ، وأخيرا فى جمع أعماله التحضيرية فى سبعة مجلدات نشرت وزارة العدل ، فكتبت — بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور وديع غرج — تقريرا عنه وعن مصادره وميزاته ووظيفته فى توحيد قوانين بلاد الشرق الأدنى قدم فى ندوة دولية للعلوم الاجتماعية عقدت فى أثينا سنة ١٩٥٢ ونشر فى مجلة القانون والاقتصاد .

وكنت من قبل قد قارنت بين بعض نظم الشريعة الاسلامية وما يقابلها فى الشرائع الغربية وأبرزت فضل الأولى على الثانية ، ونشرت بحثا فى ذلك باللغة الفرنسية فى مجلة مصر القضائية سنة ١٩٣٧ ، ثم بمناسبة الوحدة مع سوريا والشروع فى توحيد التقنينين المدنين المصرى والسورى أبدت بعض ملاحظات على هذين التقنينين وبعض الاقتراحات بتعديلهما نشرت هى أيضا فى مجلة

(ح)

القانون والاقتصاد ، كما كتبت بتكليف من مجلس جامعة الدول العربية تقريراً تضمن تصوري لكيفية وضع مشروع قانون مدنى موحد للدول أعضاء الجامعة ، ضمنته خلاصة أفكارى وخبرتى السابقة فى هذا المجال . وقد نشر هذا التقرير فى مجلة القضاء والتشريع (بتونس) وأعيد نشره فى مجلة القضاء (ببغداد) .

وكثيراً ما طلبت منى نسخ من هذه البحوث والتقارير والتعليقات فكان يسرنى أن ألبى طلبها حتى نفذ ما كان عندى منها ، فصرت مضطراً للاعتذار مع الأسف الشديد . وكان اشتغالى بالانتاج الجديد لا يدع لى وقتاً لجمع شتات القديم المبعثر فى بطون العديد من المجلات العلمية التى صدرت سواء فى مصر أو غيرها من البلاد الشقيقة خلال نصف قرن كامل .

وأخيراً عقدت العزم على جمع الأهم من هذه البحوث والتقارير والتعليقات فى هذه المجموعة التى يسرنى أن أقدمها اليوم مزودة بإشارات الى ما جد فى موضوعاتها بعد توارىخ نشرها الأول .

وقد عاوننى فى جمع القديم منها الأستاذ غزاد أمين المحامى ، كما عاونتنى الأستاذة هدى النمير المحامية فى تجميع باقى البحوث والتعليقات وفى تنسيقها وترتيبها بحيث يستطيع القارئ أن يتتبع فى يسر نقاط الموضوع الواحد التى نشرت فى الأصل على فترات متباعدة وفى مراجع متفرقة ، غاليهما أتقدم بموغلور الشكر على إسهامهما الذى كان لى خير عون فى هذه المهمة وأدعو لهما بالتوفيق فى سائر أعمالهما .

وأختم هذا التقديم باهداء هذه المجموعة بوجه خاص الى طلاب الدراسات العليا ورجال القانون المشغوفين بالبحث العلمى لعلهم يجدون فيها ما يشفى غليلهم .
والله ولى التوفيق .

مصر الجديدة فى ١٥ يوليه ١٩٨٧ سليمان مرقس

لقسم الأول
بحوث وتعليقات على الأحكام
في المسؤولية المدنية

الفرع الأول

في المسؤولية المدنية المبنية على خطأ ثابت

(١) البحوث

(١) في ضبط معيار الخطأ أساس المسؤولية المدنية (*)

تنص المادة ١٦٤ من التقنين المدني السوري على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، وهي مطابقة في ذلك لما تنص عليه المادة ١٦٣ من التقنين المدني المصري ، وهما تقابlan نص المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي وتمتازان عليه بأنهما تبرزان أكثر منه دور الخطأ باعتباره أساساً للمسؤولية المدنية وللإلتزام بالتعويض الذي يترتب على الفعل الضار .

دقد تضمنت المادتان ١٢٢ و ١٢٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني مثل هذا المعنى في عبارات أقل تركيزاً ، ولكنهما لا تدعان مجالاً للجدل في أنهما تعتبران الخطأ أساس المسؤولية المدنية ، بل انهما غنيتا بوجه خاص بأن تبين أن الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية يستوى فيه أن يكون فعلاً ايجابياً أو مجرد اهمال أو عدم تبصر .

تعريف الخطأ

ويلاحظ أن هذه التقنينات الاربعة قد اتفقت في اعتبارها الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية وما يترتب عليها من الترام بالتعويض ، وفي

(*) محاضرة القيت في مساء يوم الاثنين ١٢ مايو ١٩٧٠ بقاعة دار الكتب ببحينة حلب في افتتاح موسم المحاضرات الذي نظمته لسنة ١٩٧٠ نقابة المحامين بالاشتراك مع مجلس كلية الحقوق بحلب . وقد اضيفت اليها فقرات جديدة كاملة مع الاشارة الى مراجع البحث في مواضعها من المحاضرة .

اغفالها تعريف الخطأ تعريفا يعين كنهه أو يبين طريقة ضبطه ، أو يحدد عناصره .

وقد حاول الشراح منذ صدور تقنين نابوليون تعريف الخطأ ، وكانت تعاريفهم اياه كثيرا ما تتباين وفقا لنزعاتهم الشخصية وحسب ظروف المجتمع الذى يعيشون فيه من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية ومتطلبات هذا التطور ، فبينما ذهب الاوائل فى ذلك مذهباً يضيق من دائرة الخطأ ويحد بالتالى من قيام المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض ، سلك المحدثون طريق التوسع فى تعريف الخطأ توصلاً لتسهيل قيام المسؤولية ولتيسير حصول المضررين على تعويض ما أصابهم من ضرر ، حتى بلغ الأمر منذ أواخر القرن الماضى بفريق من الفقهاء لا يستهان به الى حد المناادة بالاستغناء عن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية واستبدال فكرة تحمل التبعة به كقاعدة عامة ، ولئن صادفت دعوة هذا الفريق الأخير أول الأمر بعض النجاح فى الفقه خاصة ، فانها لم تثبت أن فقدت معظم أنصارها بعد أن تبين اختصارها من جهة الى السند القانونى ومن جهة أخرى الى العناصر اللازمة لمصاحبتها للتطبيق كقاعدة عامة .

وليس هنا مجال تحليل هذه الدعوة وبيان مواضع النقص فيها ، وانما نشير اليها فقط باعتبارها أثراً من آثار تطور ظروف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية على كيفية فهم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية حيث لم تظهر هذه الدعوة الا نتيجة لظهور الصناعات الكبرى فى العصر الحديث وانتشار استعمال الآلات الضخمة الشديدة التعقيد والكثيرة الخطر وتضاعف عدد الحوادث الضارة بفعل هذه الآلات عدة أضعاف ، مما أدى الى كثرة عدد ضحايا هذه الحوادث وصعوبة اثباتهم خطأ من يتسببون فى وقوعها وضياح حقهم فى التعويض اذا ما عجزوا عن النهوض بهذا العبء الثقيل — عبء اثبات الخطأ — الأمر الذى دعا الى محاولة مساعدة هؤلاء المصابين عن طريق مهاجمة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية .

وبعد أن تبين عدم صلاحية هذه النظرية للأخذ بها كقاعدة عامة تقوم على أساسها المسؤولية المدنية بدلا من قيامها على أساس الخطأ ، قنع بعض أنصارها بترشيحها كأساس احتياطي أو ثانوي للمسؤولية المدنية في الحالات التي لا يتوافر فيها أساس الخطأ والتي تقتضى فيها العدالة تعويض المضرور ، كحوادث العمل وحوادث الطيران وغيرها ، وسلم بعضهم بأن ذلك لا يمكن أن يكون الا بموجب قوانين خاصة ، وصدرت بالفعل تشريعات تطبق ذلك . لكن هذا لم يمس بالقاعدة العامة القاضية بقيام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ وحده ، وبالتالي لم يقلل من الحاجة الى تعريف الخطأ وضبطه .

وإذا استعرضنا تعاريف الخطأ لدى شراح القانون الفرنسى الأوائل طوال القرن الماضى أمكن أن نزردها جميعا الى تعريفين رئيسيين : أولهما أن الخطأ مساس بحق الغير دون حق ، والثانى انه اخلال بواجب قانونى .

ويلاحظ أن جميع هؤلاء الشراح قد عرضوا لهذه التعاريف في ضمن تعريفهم كل من الجريمة وشبه الجريمة بعد أن فرقوا بينهما على أساس أن الاولى يكون فيها الخطأ عمدا أى مرتكبا بقصد الاضرار بالغير وأن الثانية لا يكون الأمر فيها كذلك بل يكفى فيها أن يكون الفاعل قد توقع النتائج الضارة لفعله .

ويخلص من ذلك أنهم يرون في الخطأ عنصرين :

١ — عنصر مادى هو المساس بحق الغير دون حق ، أو الاخلال بواجب قانونى .

٢ — وعنصر نفسى هو قصد الاضرار بالغير أو على الأقل توقع النتائج الضارة لذلك الفعل المكون للعنصر المادى .

غير أن الأسباب التى سبق أن أشرنا الى أنها دعت في أواخر القرن

الماضى الى محاولات التوسع في المسؤولية المدنية من طريق المصادرة
بإحلال نظرية تحمل التبعة محل الخطأ كأساس لها حملت هي نفسها
غريفا من الشراح الذين رفضوا الأخذ بذلك على أن يوسعوا من دائرة
الخطأ ويسهلوا قيامه ويسروا اثباته .

وقد سلكوا لهذا الغرض أحد سبيلين أو كليهما معا ، وهما أولا
الحد من العنصر النفسى بقدر الامكان أو الاستغناء عنه ، وثانيا توسيع
العنصر المادى بحيث تتسع دائرة الخطأ لاستيعاب جميع أنواع الحوادث
التي ترى العدالة ضرورة التعويض فيها .

وسنعرض في ايجاز المراحل التي قطعوها في الطريق الأول ، ثم
ننتقل الى الطريق الثانى لنقف فيه عند نقطتين رئيسيتين :

(١) بيان الواجبات القانونية التي يبعد الإخلال بها خطأ وتعيين
مصادرها .

(٢) تعيين مدى هذه الواجبات القانونية .

هذه هي المسائل الثلاث التي نتناولها تباعا في هذه المحاضرة .

الطريق الأول - طريق الحد من العنصر النفسى للخطأ :

المقصود أصلا بالعنصر النفسى للخطأ هو أن يكون مرتكب الفعل
الضار قد قصد الإضرار بالغير أو على الأقل أن يكون قد توقع أن اتيانه
علما معينا يمكن أن يترتب عليه ضرر للغير ولم يثنه توقعه ذلك عن اتيان
هذا الفعل أو لم يحمله على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادى
الضرر (١) .

(١) راجع في النظريات المختلفة في ذلك نياجو في رسالة من باريس
سنة ١٩٢٧ ص ٢٨ وما بعدها ، رودير في المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٢ =

غير أنه نظرا لصعوبة تقصى هذا العنصر النفسى بالمعيار الذاتى وتعدر اثبات توافره ، ذهبت كثرة الشراح الى الاكتفاء فى شأنه بالتقدير الموضوعى المجرد in abstracto ، ومؤداه صرف النظر عن كون الفاعل قد تمثل فعلا وقوع الضرر باعتباره نتيجة محتملة لفعله والاكتفاء بأن يكون فى وسع الرجل العادى تمثله فى مثل الظروف التى وقع فيها ذلك الفعل .

وقد أدى هذا النظر الى نقص أهمية العنصر النفسى للخطأ ، حيث انتهى به الى أن يصبح بمثابة اشتراط التمييز والحرية فحسب (٢) ، وإلى افتراض توافرها فى كل شخص وبالتالى افتراض قدرة كل شخص على تمثل النتائج الضارة لأفعاله ما لم يثبت هو أنه كان وقت ارتكاب الفعل الضار منعدم التمييز أو لاقطد الحرية .

وبذلك أصبحت أهمية هذا العنصر تنحصر فى أنه يتيح للمدعى عليه بالمسؤولية أن يتمسك بدفع يدفع به مسؤوليته من طريق اثبات أنه كان لاقطد التمييز أو الحرية وقت ارتكاب الفعل الضار ، وبعبارة أخرى فإن هذا النظر يؤدى الى مساءلة مرتكب الفعل الضار ولو لم يثبت أنه قصد الاضرار بالغير أو انه توقع امكان نجوم الضرر للغير من فعله ، بل حتى دون حاجة الى اثبات توافر التمييز والحرية لديه وقت ارتكاب الفعل الضار اذ يفترض توافرها فيه الى أن يثبت هو عكس ذلك .

وبعد أن تضاعلت بهذا النظر أهمية العنصر النفسى للخطأ الى هذا الحد ، ذهب فريق من الشراح الى القول بأنه مادام مسلما بتقدير العنصر النفسى المشار اليه تقديرا موضوعيا ، فإن ذلك ينأى بالمسؤولية عن أن تكون شخصية subjective ويجعلها أقرب الى أن تكون

= ص ٢٤ نبذة ١٣٩١ وما بعدها ، ليجال legal فى رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ فى الاهمال وعدم التصبر باعتبارهما مصدرا للمسؤولية الخفية ص ٥٤ وما بعدها .
(٢) سالفاتييه ج ١ ط ١٩٥١ نبذة ٤ ونبذة ١٦١ وما بعدها .

مسئولية مادية ، لا محل للتمسك فيها بالعنصر النفسى للخطأ ، ورتبوا على ذلك امكان تحقق مسئولية عديمي التمييز بمجرد توافر العنصر المادى للخطأ فقط ، عنصر عدم المشروعية أو الاخلال بالواجب القانونى .

غير أن القضاء الفرنسى ، يؤيده كثير من الشراح ، لايزال متمسكا من حيث المبدأ على الأقل ، بضرورة توافر الشرط النفسى للخطأ أو على الأقل شرط التمييز ، نقول من حيث المبدأ على الأقل لأن المحاكم الفرنسية بعد أن قررت مرارا عدم مسئولية عديم التمييز ، اجتهدت فى غالب الأحوال أن تضيق من حالات عدم المسئولية أو أن تخفف من آثارها بوسائل شتى ، حتى أصبح يجوز القول أن القضاء الفرنسى لم يمد يتطلب العنصر النفسى للخطأ أو يقضى بانتفاء المسئولية بسبب عدم توافر هذا العنصر الا فى أحوال نادرة جدا .

وقد رأى المشرع المصرى أن اشتراط العنصر النفسى للخطأ نتيجة لازمة لاشتراط عنصره المادى ، عنصر الاخلال بواجب قانونى ، إذ أن هذا الواجب انما يفترض وجود قاعدة قانونية توجبه ، وهذه القاعدة خطاب موجه الى الناس ، فهي تفترض فيمن توجه اليهم التمييز ، بل هى فى الأصل لا تعتبر موجهة الا الى من يتوافر فيهم التمييز ، فيما عدا الحالات الاستثنائية التى يفرض فيها القانون واجبا لا يتطلب من المكلف به تمييزا أو ادراكا ويمكن اقتضاؤه منه دون حاجة فى ذلك الى أى عمل ارادى من جانبه كما هو شأن الالتزام بالضرائب وشأن التزام المتبوع عديم التمييز بضممان أفعال تابعه ... الخ .

ولذلك نص التقنين المدنى المصرى القائم فى المادة ١٦٤ منه على ضرورة توافر التمييز فى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن الزامه بتعويض ما سببه من ضرر للغير ، وكذلك فعل التقنين السورى فى المادة ١٦٥ منه والتقنين الليبى فى المادة ١٦٧ والتقنين اللبنانى فى المادة ١٢٢/٢ والتقنينان التونسى والماركسى فى المادة ٩٦/١٠٥ منهما (ولم يشذ عن ذلك سوى التقنين العراقى فى المادة ١٩١ منه) .

الطريق الثانى — طريق التوسع فى العنصر المادى للخطأ :

قلنا ان بعض شراح القانون الفرنسى الأوائل اعتبروا أن العنصر المادى للخطأ يتكون من مساس بحق الغير دون حق .

ونلاحظ بادىء الأمر على هذا التعريف الأول أن المساس بحق للغير لا يكون بذاته العنصر المادى للخطأ ، وانما هو يكون ركن الضرر ، وان ما يمت للخطأ فى هذا التعريف هو كون المساس بحق للغير حاصلا دون حق ، اذ أن المرء ملزم بعدم مجاوزة حقوقه ، أى أنه يجب عليه أن يقف فى نشاطه حيث ينتهى حقه ويبدأ حق غيره . فإذا جاوز هذا الحد كان ذلك اخلالا منه بواجبه . ومن هنا يمكن القول بأن تعريف العنصر المادى للخطأ بأنه المساس بحق للغير دون حق لا يبعد كثيرا عن تعريفه بأنه الاخلال بواجب قانونى .

وسنرى بعد قليل أن هذه الفكرة لها خصوصية خاصة حيث انها تساعد على كشف العدد الكبير من الواجبات القانونية التى يعد الاخلال بها خطأ .

لذلك ساد فى الفقه الحديث فى أواخر القرن الماضى التعريف الآخر للعنصر المادى للخطأ وهو أنه اخلال بواجب قانونى سابق . وهذا التعريف هو الذى انطلقت منه جميع محاولات التوسع فى العنصر المادى للخطأ .

فقد لوحظ أنه اذا كان القانون كثيرا ما يفرض بنصوص صريحة واجبات معينة يعد الاخلال بها خطأ بوجب المسؤولية والتعويض دون جدال ، فان قصر دائرة الخطأ على الاخلال بتلك الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى الى تضيق نطاق العنصر المادى للخطأ تضيقا شديدا يجعل قواعد المسؤولية المدنية تقتصر عن تحقيق العدالة وما تقتضيه من تعويض فى كثير من الحالات الأخرى .

(اولا) التوسع من طريق اقرار واجبات قانونية بغير نصوص :

لذلك سرعان ما سلم بوجود عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها صراحة وبضرورة الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير منصوص عليها ويعد الاخلال بها خطأ يستتبع المسؤولية والتعويض .

وقد ظهرت في هذا السبيل عدة محاولات :

(١) محاولة بلانيول الاستناد الى مبادئ القانون العامة :

وكان أول من حاول تحديد هذه الواجبات العلامة الفرنسي الكبير بلانيول ، فهو بعد أن عرف الخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني سابق قال ان المقصود بذلك ليس الاخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فحسب ، بل أيضا الاخلال بأى التزام من الالتزامات العامة التى تقع على عاتق كل شخص والتى لا يحتاج تقريرها الى نصوص خاصة بل يستتبع من المبادئ العامة للقانون (٣) . وقد حاول بلانيول أن يرد هذه الالتزامات العامة الى أربعة ، هى : (١) الامتناع عن استعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص ، (٢) والامتناع عن النفس ، (٣) والامتناع عن كل فعل يقتضى قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بالدرجة اللازمة ، (٤) ورقابة الشخص الأشياء الخطيرة التى يحوزها أو الأشخاص الذين يكونون في حراسته رقابة كاملة .

(٣) وهذه الفكرة مستمدة هى ذاتها من دوما في كتابه عن القوانين المدنية les lois civiles حيث يقول :

C'est une suite naturelle de toutes les espèces d'engagements particuliers et de l'engagement général de ne faire tort à personne que ceux qui causent quelque dommage soit pour avoir contrevenu à quelque engagement ou pour y avoir manqué sont obligés de réparer le tort qu'ils ont fait.

(Domat, les lois civiles, IIV, III, tit. V.)

مشار اليه في مازو ج ١ نبذة ٣٦ هامش ٩ .

وظاهر أن هذه الالتزامات الأربعه التي قرر بلانيول وجودها تمهيدا لاعتبار من يخل بأيها مرتكبا خطأ يستوجب المسؤولية هي التزامات عامة بعيدة كل البعد عن التحديد الضروري للقواعد القانونية وما يتفرع عليها من التزامات (٤) . ولذلك أثارت محاولة بلانيول في الفقه نقدا شديدا ونمت تعريفه الخطأ بأنه خاطيء وغير مجد *définition fausse et inutile* (٥) . وكان في مقدمة ما وجه الى هذا التعريف من نقد انه لا يقدمنا كثيرا في تمييز الفعل الخطأ من غيره لأن القول بأن الخطأ اخلال بواجب قانوني سابق يقتضى تعيين جميع واجبات الشخص حتى يبين ما اذا كان الفعل الضار المنسوب اليه ينطوى على اخلال بأحد هذه الواجبات أم لا ، وليس في استطاعة أحد أن يضع بياناً شاملاً لتلك الواجبات لأنها انما تنشأ من ظروف الحياة المختلفة والمتنوعة تنوعا لا نهائيا . واذن يكون هذا التعريف عقيما لأنه لا يطل مسألة الخطأ وانما ينقل صعوبتها من مرحلة الى أخرى دون تقريب حلها ، اذ هو يسمح للقاضي - بدلا من أن يتسائل عما اذا كان الفعل الضار المنسوب الى المدعى عليه خطأ أم لا - أن يتسائل عما اذا كان ثمة واجب قانوني يفرض على المدعى عليه الامتناع عن مثل هذا الفعل الضار أم لا (٦) .

وظاهر أن تقرير وجود واجب قانوني أو عدمه مسألة لا تقل صعوبة عن نعت الفعل الضار بأنه خطأ أو غير خطأ ، وأن تعريف بلانيول لا يتضمن كيفية تعيين مجموعة الواجبات التي تقع على عاتق كل

(٤) انظر في هذا المعنى جوريه ، في الاثراء على حساب الغير ، باريس ١٩٤٩ نبذة ٢٧٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٢ .

(٥) انظر بوجه خاص بريت دى لاجريسيه في بحثه في نظرية المسؤولية في القانون الجنائي وفي القانون المدني منشور بالجله المالة للقانون والتشريع والقضاء ، باريس ١٩٢٨ ص ١٩٣ وما بعدها ، جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٢ ، مازو نبذة ٣٩٢ . وانظر في عرض هذا النقد وتفنيد رسالة رابو Rabut في تعريف الخطأ في القانون الخالص باريس ١٩٤٩ ص ٢٥ وما بعدها .

(٦) انظر كولان وكليبتان ج ٢ الطبعة الثامنة ص ١٨٠ .

منا ، ولذلك فهو ان صلح في تعيين الخطأ الذي يكون اخلالا بواجب محدد بنص قانوني ، فانه لا يصلح فيما عدا ذلك من أحوال ولا يحقق ما رمى اليه منه بلانيول من توسيع لفكرة الخطأ بحيث تشمل غير الحالات التي توجد فيها واجبات مفروضة بنصوص قانونية (٧) •

ولا نزاع في أن لهذا النقد نصيبا من الصحة ، ولكنه نصيب مبالغ فيه الى حد كبير ، اذ هو يتجاهل فضل تعريف الخطأ بأنه اخلالا بواجب سابق في توجيه البحث عن معيار الخطأ وجهة صحيحة • وكان السير في هذا الاتجاه كفيلا بالاهتداء الى الضابط الذي تعين به واجبات كل منا في كل ظرف من ظروف الحياة كما سيجيء فيما بعد •

يبقى مع ذلك أن بلانيول اذا كان قد أصاب في تقرير وجود واجبات قانونية عامة غير منصوص عليها تستمد من المبادئ العامة للقانون ، فانه لم يبين كيف ساغ له أن يستمد تلك الواجبات العامة الأربعة التي قررها من مبادئ القانون العامة ولا لماذا تقصر تلك المبادئ العامة عن انشاء غير هذه الواجبات العامة الأربعة • ولو أنه أعمل في ذلك منطق القانوني الذي اشتهر به لبنان له أن تلك الواجبات ليست فقط واجبات قانونية مستمدة من مبادئ القانون العامة ، ولأمكنه بمواصلة البحث أن يبلغ الغاية •

ولكن لأنه لم يفعل ، بقيت فكرته ناقصة بل عقيمة ، وانصرف عنها الشراح بحثا عن غيرها ، فالتجأوا الى الاستعانة بقواعد الأخلاق •

(ب) محاولات ريبير وسافلتيه الاستعانة بقواعد الأخلاق :

(١) تعريف ريبير : اعتمد ريبير تعريف بلانيول للخطأ بأنه

(٧) في هذا المعنى بيدان وكليتان في مجلة كليتي الحقوق والاداب بجرنيول ١٩٠٦ ص ١٢٨ (مقرر إليه في رسالة رابو ص ٢٢) •

اخرال بواجب سابق ، ليس من الضروري أن يكون منصوحا عليه صراحة ، واستهدف مثله التوسع في الواجبات القانونية التي يعتبر الاخلال بها خطأ ، ولكنه لم يحاول مثله تعداد تلك الواجبات القانونية ، ولا استبعادها من مبادئ القانون العامة وحدها ، بل قرر أن الواجبات القانونية اما أن تكون ناشئة من القانون *la loi* أو من العقد ، واما أن تفرضها المبادئ العامة للأخلاق أو للقانون ، تلك المبادئ العامة التي يجب على القاضي أن يكفل احترامها . وذهب الى أن قواعد الأخلاق تجتذب اليها القواعد القانونية لتستفيد من الجزاء المقرر لها ، وأن القاعدة الخلقية التي تنهى عن الأضرار بالغير *Neminem loedere* من شأنها أن تجعل القانون يفرض على الناس أن يسلكوا مسلكا معينا حتى لا يضرروا بالغير (٨)

une obligation générale de bien se conduire.

ويلاحظ على هذا الرأي أنه يجعل بعض الواجبات الأخلاقية في منزلة الواجبات القانونية التي يعد الاخلال بها خطأ مدنيا ، دون أن يبين كيفية ارتفاع الواجبات والقواعد الأخلاقية الى مرتبة الواجبات والقواعد القانونية ، ودون أن يضع معيارا للترقية بين الواجبات الأخلاقية التي ترقى الى منزلة الواجبات القانونية وتلك التي لا ترقى الى هذه المنزلة . وانما هو قد اقتصر على الإشارة الى واجب واحد من النوع الأول هو الواجب العام بمراعاة سلوك لا يضر بالغير ، مع أن هذا الواجب ان كان مسلما بأنه واجب خلقى فانه يعوزه الكثير مما يلزم لاعتباره واجبا

(٨) انظر ريبير ، في القاعدة الخلقية نبذة ١١٢ ، وفي كتاب بلانول وريبير وبولانجيه ج ٢ طبعة سنة ١٩٤٩ نبذة ٩١٣ و ٩١٤ ، وانظر ايضا نبذة ٩١٥ حيث يقول :

«La faute est l'acte contraire à la loi. Mais comme il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation d'une disposition légale expresse pour qu'il y ait responsabilité, le mot «faute» désigne tout aussi bien l'acte contraire à la légalité que l'acte contraire à la moralité ou à l'habitude.»

قانونيا ، هذا هو أن صاحب هذا الرأي يترك الواجبات القانونية ذاتها عامة دون تحديد ودون معيار يساعد على تحديدها .

(٢) تعريف سافاتييه : أما سافاتييه فقد عرف الخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمه (٩) ، ثم عرض لتعيين الواجب الذي يعد الاخلال به خطأ ، فقال ان هذا الواجب اما أن يكون مقررا قانونا *devoir légal* ، واما أن يكون واجبا ناشئا من عقد *devoir contractuel* . واما أن يكون واجبا أدبيا محسدا *devoir moral déterminé* أي انه يأمر بفعل معين أو ينهى عن عمل محدد ، واما أن يكون هو الواجب العام الذي يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير (١٠) *devoir général de ne pas nuire à autrui*

ويلاحظ على هذا الرأي أنه لا يمكن أن يكون المقصود منه اعتبار جميع الواجبات الأدبية ، بما فيها واجبات الاسعاف والاحسان الى الغير ، واجبات يعد الاخلال بها خطأ مدنيا ، وانه هو أيضا كسابقه لا يضع معيارا تعين به الواجبات الأدبية التي ترقى الى هذا المستوى ، وان الواجب العام الذي يقول به ، واجب عدم الاضرار بالغير ، فوق أنه يعوزه كثير من مقومات الواجب القانوني الذي يعد الاخلال به خطأ مدنيا ، فانا نطلقه يجاوز ما قصد به ، لأنه يؤدي الى أبعد مما تذهب اليه نظرية تحمل التبعة ، اذ يؤدي الى اعتبار كل من يحدث ضررا للغير مخلا بهذا الواجب وبالتالي مخطئا ومسئولا أيا كانت الظروف والأحوال في حين أن أنصار نظرية تحمل التبعة سلموا بأنه من غير الممكن اطلاقها بحيث تؤدي الى المسائلة عن كل نشاط ضار ، فحلجوا في تقييدها الى فكرة الغرم بالغنم أو مزايا الاستغلال الاقتصادي أو الى فكرة النشاط الشاذ . ولا شك في أن سافاتييه لم يقصد بتعريفه الخطأ أن يشاطر

(٩) سافاتييه في المسؤولية المدنية طبعة ١٩٥١ ج ١ نذة ٤ .
(١٠) المرجع السابق نذة ٦ . وقد أخذ بعض الشراح الآخرين بفكرة وجود واجب قانوني علم بعدم الاضرار بالغير ، كما سيجيء فيما بعد .

خصوم نظرية الخطأ رأيهم غيما وصلوا اليه من نتائج ومن باب أولى لم يقصد أن يذهب الى أبعد مما ذهبوا اليه .

صحيح أن سالفاتيه يخول محدث الضرر بغيره أن يدفع مسؤوليته بأن يثبت أنه كان في مركز يخوله حق الاضرار بالغير ، غير أن ذلك يقتضي تعيين الحالات التي يملك فيها الشخص حق الاضرار بالغير بحيث يستطيع أن يتمسك بهذا الحق لدفع مسؤوليته عن الضرر الذي أحدثه بالغير ، وقد حاول سالفاتيه تعيين الحقوق التي تخول صاحبها أن يضر بالغير في ممارسته اياها (١١) ، ولكن يلاحظ على تلك الحقوق التي عينها أنه لا يمكن النظر اليها باعتبارها حقوقا مطلقة تخول أصحابها في جميع الأحوال حق الاضرار بالغير أو حق خرق الواجب العام الذي يقضى بعدم الاضرار بالغير ، وانما هي في الواقع سلطات تخول صاحبها نشاطا يختلف مداه باختلاف الظروف والأحوال التي يباشر فيها وباختلاف حقوق الآخرين التي يصطدم بها . فكل حق منها انما يتعارض في الواقع مع الواجبات المفروضة على صاحبه ازاء حقوق الآخرين التي يصطدم بها في مباشرة حقه ، فيلزم في هذا التعارض بين الحق الشخصي والواجب الشخصي المقابل لحق معين من حقوق الغير تعيين الحد الذي ينتهي عنده ذلك الحق ويبدأ عنده هذا الواجب ، وهو واجب شخصي يفرض احترام حق معين وليس واجبا عاما يقضى بعدم الاضرار بالغير بصفة عامة ، وسنعود الى ذاك عند الكلام في المسألة الأخيرة مسألة تحديد مدى الواجبات القانونية .

(ج) فكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الاضرار بالغير أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الاضرار بالغير — وجدت نواة فكرة الواجب القانوني العام بعدم الاضرار بالغير في كتابات دوما (١٢) ، ثم عنيج ديمولومب (١٣) وماركاديه وغيرهما من الشراح الأوائل في أشكال

(١١) المرجع السابق نبذة ٣٦ .

(١٢) انظر عبارته التي سبق ايرادها في الهامش ٢ .

(١٣) ديمولومب ج ٢١ نبذة ٤٧٦ .

تتفاوت في وضوحها . ويبدو أن ريبير وسافاتييه قد انتهيا بتصعيد الواجب العام الأدبي بعدم الأضرار بالغير حتى جعلاهما واجبا قانونيا . وقد أخذ بذلك أستاذنا الكبير الدكتور السنهوري (١٤) ، ثم عمد الى تحويله تحويلا سنشيرا اليه (١٥) كما أخذ به الأستاذ ادمون نعيم (١٦) وكذلك المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري (١٧) .

وتقرب من ذلك أيضا نظرية النائب العام البلجيكي ليكلير (١٨) .

ولقد حاول القائلون بوجود هذا الواجب القانوني العام بعدم الأضرار بالغير اسناده الى نصوص المواد ١٣٨٢ مدنى فرنسى وما بعدها وما يقابلها في القوانين الأخرى . فقالوا ان هذا الواجب واجب قانونى ، لا مجرد واجب أدبى ، لأن هذه النصوص تفرضه وتجعل جزاء الإخلال به الالتزام بالتعويض .

ولكن هذا القول مردود عليه بأن هذه النصوص بتقريرها الزام من ارتكب خطأ أضر بالغير بتعويض هذا الضرر ، قد اقتضت على تقرير نشوء الالتزام بالتعويض — وهو التزام جزائى وليس التزاما أوليا — نتيجة للاخلال بالتزام أولى افترضت تلك النصوص وجوده

(١٤) في الموجز سنة ١٩٣٨ نبذة ٣٠٨ .

(١٥) في الوسيط ج ١ ص ٧٤٨ نبذة ٥٠٩ و ص ٧٥١ نبذة ٥١١ .

(١٦) في رسالته في الخطأ في القانون اللبنانى المخرن مع القانون

الفرنسى ، بيروت ١٩٥٣ ص ٩٢ و ٩٣ .

(١٧) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى ج ٢ ص ٣٥٤ .

(١٨) أنظر ليكلير في بحث له يتسائل فيه عما اذا كان سلقى السيلولة الذى يقتل او يجرح عابر طريق يرتكب عملا مشروعا أم لا ، مطبوع في بروكسل بمطبعة Bruylant سنة ١٩٢٩ ، وأنظر في عرض نظريته مازو نبذة ٣٨٥ ، بيرسون ودى فيليه في المسئولية المدنية نبذة ٦٠ وما بعدها ، دابلان في المجلة العلمية البلجيكية للتأينيات والمسئولية ١٩٣٣ ص ٣١٥ وما بعدها ، جورف Gorphe في المجلة الانتقادية ١٩٣٦ ص ١٢٠ وما بعدها ، اسلمان في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٦١ وما بعدها .

خارجا عنها ، ولا بد له من مصدر خاص ينشئه (١٩) . فإذا لم يوجد نص آخر يفرض الواجب العام بعدم الاضرار بالغير ، فلا يمكن اعتباره واجبا قانونيا ، ولا يكفي الاخلال به لايجاب تطبيق المسؤولية المدنية المنصوص عليها في تلك المواد .

هذا فحق أن القول بوجود هذا الواجب القانوني العام بعدم الاضرار بالغير ، حتى مع التسليم بما يذهب اليه سلفاتييه من حق مرتكب الفعل الضرر في دفع مسؤوليته اذا أثبت أنه كان له حق يفوله احداث ذلك الضرر بالغير ، لا يتفق مع أحكام القانون الوضعي المتعلقة باثبات المسؤولية المدنية ، لأنه يؤدي الى أنه متى أضر شخص بآخر وجب على مرتكب الفعل الضرر متى رفعت عليه دعوى المسؤولية أن يثبت هو أنه كان في حالة من الحالات الاستثنائية التي تخوله حق الاضرار بالغير ، وذلك دون أن يثبت المصاب المدعي أى شيء غير الضرر الذي أصابه ، في حين أن القانون يقضى بأن البيئة على من ادعى وأن المدعي بالتعويض هو الذى يقع عليه عبء اثبات خطأ المدعى عليه ، الا فيما استثنى من ذلك بنص خاص (٢٠) .

لذلك ذهب غريق آخر من الشراح الى أن ذلك الواجب القانوني العام لا يمكن أن يكون التزاما بنتيجة بحيث يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير ، وانما هو التزام بوسيلة فحسب : لأنه يفرض على كل شخص توخى اليقظة والحيلة لعدم الاضرار بالغير (٢١) ، غير أن هذا التحوير في النظرية ان كان يدرك أنها هذا الاعتراض الأخير المستعمل

(١٩) في هذا المعنى بلاتبول وريبير الموجز ج ٢ الطبعة العاشرة ص ٢٩٣ .

(٢٠) في هذا المعنى رابو ص ٧٧ و ص ١٥٣ .
(٢١) من هذا الدريق كولان وكابيتان ج ٢ ص ١٧٩ نبذة ١٩٠ ، كوهان في خطأ الانتفاع ص ١٠٣ وما بعدها ، فان رين Van Ryn في المسؤوليتين العقيدية والتقصيرية نبذة ١٧ ، مازو في المسؤولية المدنية نبذة ١٠٣ ثانيا ، جوريه في الاثراء على حساب الغير ١٩٤٩ ص ٢٩٦ نبذة ٢٨٤ ، السنهوري في الوسيط ج ١ نبذة ٥٢٧ ونبذة ٥٣٠ .

من قواعد الاثبات ،، فإنه لا يدرك عنها الاعتراض الجوهرى السابق ، وهو افتقار هذا الواجب القانونى لسند وجوده ، أى للقاعدة القانونية المنشئة له .

هذا فضلا عن الاعتراضات الأخرى التى وجهت الى هذه النظرية استنادا الى وجود فروق أساسية بين القاعدة الأدبية والواجب الأدبى من جهة والقاعدة القانونية والواجب القانونى من جهة أخرى والى ضرورة تواخر مقومات معينة فى الواجب القانونى لا تتوافر فى الواجب العام بعدم الاضرار بالغير ، وهى تلخص فى أن قاعدة الأخلاق توجه الخطاب الى ضمير كل فرد بصفة مستقلة عن غيره فى حين أن الخطاب الذى تتضمنه القواعد القانونية يربط كل فرد بغيره من أفراد المجتمع أى أن القاعدة الخلقية تنظم سلوك كل فرد على حدة ، فتعتبر قاعدة أحادية unilatérale فى حين أن القاعدة القانونية تنظم العلاقة بين فرد وآخر ، وهى ثنائية bilatérale ، وبعبارة أخرى فإن قواعد الأخلاق تفرض على كل فرد واجبات لا يشترط أن تقابلها حقوق لغيره . فالأخلاق توجب على حب القريب مثلا أو معونة المحتاج أو قول الصدق أو الحلم والسماحة مع الأصدقاء ، ولكنها لا تخول أحدا حق مطالبتى بهذه الواجبات . أما القواعد القانونية فيترتب عليها انشاء روابط بين الأشخاص لأن كل واجب يفرضه على شخص يقابله حق لشخص أو أشخاص آخرين يخولهم اقتضاء هذا الواجب . فالقاعدة القانونية التى تلزم شخصا ما بدين معين تخول الدائن حق مطالبة مدينه بهذا الدين ، فتوجد بذلك رابطة بين دائن ومدين .

ولذلك فالواجب العام الذى يفرض على كل فرد عدم الاضرار بالغير (أو توخي اليقظة والحيلة لعدم الاضرار بالغير) بصفة عامة هو واجب أخلاقى يخصب لأنه يلزم ضمير الفرد دون أن يخول أحدا حق المطالبة بأدائه أداء عيني ، فوق أن محله عام غير محدد ، الأمر الذى يتعذر معه مطالبة المدين بأدائه عينا بفرض إمكان تعيين الدائن به ، فلا

يسوغ. إذن اعتباره واجبا قانونيا لفقده أهم مقومات الواجبات القانونية (٢٢) .

لذلك رأى بعض الشراح الحديثين ضرورة الاتجاه وجهة أخرى في استقصاء الواجبات القانونية غير المنصوص عليها صراحة بنصوص خاصة .

(د) فكرة السلوك المعتاد والمعار الموضوعي - يرى هؤلاء الشراح أنه إذا كان القانون يفرض بعض الواجبات بنصوص خاصة ، فليس مؤدى ذلك أن الناس يكونون فيما عدا هذه الواجبات أحرارا في أن يسلكوا كيفما شاعوا ولو أضروا بمسلكهم بعضهم بعضا ، وإنما مؤداه أن يلتزم كل منهم بالسلوك المعتاد . وهذا الالتزام هو واجب قانوني ينشأ من طبيعة الحياة في مجتمع وبحكم التضامن الاجتماعي .

ومن هذا الفريق ايمانويل ليفي الذي عرف الخطأ بأنه اخلال بالثقة المشروعة ، باعتبار أن لكل شخص في المجتمع أن يتوقع من غيره أن يسلك سلوكا معتادا ، فإذا سلك أحد الأفراد مسلكا شاذا أضرب غيره ، كان مسلكه هذا اخلالا بالثقة المشروعة التي كانت للمضروب في أن يتوقع من ذلك الشخص سلوكا معتادا .

ومن هذا الفريق أيضا كولان وكابيتان ، فهما بعد أن عرفا العنصر المادى للخطأ بأنه عدم اتباع السلوك الواجب ، تساءلا عن طريقة تعيين هذا السلوك ، أجابا بأن ذلك يكون بالنظر الى المسلك الذى كان يتبعه الشخص المتبصر المعتنى بأموره لو وجد في مركز الفاعل ، وقررا أن المراء بحكم وجوده في مجتمع يضمن عليه أن يحرص على عدم الاضرار بالغير

(٢٢) انتظر أوبو Oppo في كتابه « الوفاء والتبرع » ، طبع ميلانو سنة ١٩٤٧ - أشار اليه في كتاب الدكتور ثروت جيبب في الالتزام الطبيعي ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ ص ١٧٨ و ١٧٩ .

وأنه لذلك يجب عليه أن يسلك لا مسلك الرجل المتوسط العناية فحسب ، بل مسلك الرجل المتبصر اليقظ ، والا وقع في الخطأ وفي المسؤولية (٢٣) .

يبين من ذلك أن كولان وكابيتان قد اعتبرا الخطأ انحرافا عن مسلك واجب ، وأنهما تبينا ضرورة إيجاد معيار لتعيين واجبات الأشخاص في مختلف الظروف والأحوال ، واعتمد لذلك مسلك الرجل المتبصر اليقظ في مثل الظروف التي ارتكب فيها المدعى عليه فعله ، فهتمين وفقا لذلك المعيار المسلك الذي كان واجبا على المدعى سلوكه . فإذا كان ما وقع من الأخير مطابقا لذلك المسلك لم يكن خطأ ، والا فهو خطأ .

وظاهر أنهما قد استغنيا بهذا المعيار عن تعداد الواجبات القانونية أو حصرها كما حاول ذلك بلانيوله ، وأنهما استغنيا به أيضا في توسيع المسؤولية عن محاولة ادخال الواجبات الأدبية كلها أو بعضها في دائرة الخطأ المدني كما حاول ذلك ريبير وسافاتييه ، ذلك أنهما اكتفيا ، في تقدير وجود الخطأ ، بالنظر الى الواجبات القانونية دون غيرها مع اتخاذ معيار عال لتحديد هذه الواجبات يكون من شأنه الاكثار منها أو الزيادة في مضمونها ومداهما ، فلم يكتفيا بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية بل اتخذوا معيارا أشد منه هو معيار الرجل المتبصر المعنى بأموره ، مما يؤدي الى مطالبة كل شخص في كل حالة على حدة لا بعناية الشخص المتوسط في مثل هذه الحالة ، بل بعناية أشد من ذلك ، هي عناية الرجل المتبصر (٢٤) .

غير أنهما لم يحددا هذا المعيار الموضوعي تحديدا كافيا ، إذ أنهما جعلوا هذا المعيار مسلك الرجل المتبصر في مثل مركز المدعى عليه ، فلم يبينوا المقصود بالمماثلة في المركز ، أهو ماثلة في ظروف الزمان والمكان

(٢٣) كولان وكابيتان ج ٢ الطبعة الثامنة ص ١٧٩ نبذة ١٩٠ .
(٢٤) انظر في نقد ذلك ليران في نظرية تدرج الخطأ ص ١٥ وما بعدها .

والحقوق والواجبات المتقابلة فحسب ، أم هو مماثلة في جميع الظروف بما في ذلك السن والصحة ودرجة العلم والثقافة والذكاء والمهارة وقوة الأعصاب أو ضعفها ... الخ . مع ما لهذا البيان من أهمية في ضبط هذا المعيار وتسهيل استخدامه في تقدير وقوع الخطأ أو عدمه .

وجاء بمقدمهما الأستاذان هنري وليون مازو ، غرغا هما أيضا الخطأ بأنه انحراف في السلوك بحيث لا يرتكبه الرجل اليقظ الرشيد إذا ما وجد في مثل الظروف الخارجية للمتسبب في الضرر (٢٥) ، فأضلعا بذلك الى المعيار الذي قال به كولان وكابيتان بعض التحديد الذي كان ينقصه .

ويقطع النظر عن دقة هذا المعيار أو عدمها ، وهو ما سنصل اليه بعد قليل ، يلاحظ على تعاريف هذا الفريق من الشراح للخطأ أنها لاتخرج عن تعريف بلانيول وجمهور الشراح الحديثين اياه بأنه اخلال بواجب سابق ، هو الالتزام المسلك المعتاد ، ولكتها مثله لا تفيد شيئا في بيان منشا هذا الالتزام السابق أو حالاته اذا لم يكن ثمة نص قانوني يفرض هذا الالتزام في حالة أو حالات معينة .

ذلك أن معيار مسلك الرجل المعتاد لا يصلح أن يكون مصدرا للالتزام بسلوك هذا المسلك أو غيره ، وانما هو مجرد مقياس يمين به مدى التزام فرضه القانون وجمل حدوده متغيرة بحسب ظروف تنفيذه ، أى ان هذا المعيار ليس أداة لانشاء التزام لم ينشئه القانون وانما هو أداة فقط لتعيين مدى التزام أنشاء القانون فعلا ، أو طريقة للتحديد الكمي للالتزام قائم فعلا ، يلجأ اليها فقط في الأحوال التي يكون فيها القانون قد أنشأ التزاما معينا واكتفى في تعيينه بتحديد محله تحديدا نوعيا دون أن يحدده تحديدا كميا ، فيستعان في هذا التحديد الكمي بمسلك الرجل المعتاد اذا ما فرض القانون عليه مثل هذا الالتزام .

وكثيرا ما يحيل القانون صراحة عند انشاءه الالتزامات الى هذا المعيار لتعيين مداها بمقتضاه ، كما فعل المشرع المصري في المادتين ١٩٢ و ١٩٥ بالنسبة الى التزام الفضولي بالمضى في العمل الذى بداه لحساب رب العمل وفي المادة ٢١١ بالنسبة لالتزام المدين بالمحافظة على شيء أو بإدارته أو لالتزامه بتوضي الحيطة في تنفيذ ما التزم به ... الخ . بل كثيرا ما يلجأ القضاء الى هذا المعيار لتعيين مدى الالتزام القائم فعلا ولو لم ترد في النص المنشئ لهذا الالتزام مثل هذه الاحالة ، وذلك باعتبار أن الالتزام الذى أنشأه القانون دون تعيين مداه تعيينا كميا يكون قد أنشأه قابلا للتعيين بمقتضى المعيار المذكور (٢٦) . بل قد تدعو

(٢٦) وقد غابت هذه الحقيقة عن بعض الفقهاء ، فخلل اليهم أن القاضي عندما يحدد مدى الالتزام هذا التحديد الكمي ، إنما ينشئ الالتزام انشاء ، وقالوا أن القاضي يملك سلطة انشاء الالتزامات القانونية (انظر من هذا القبيل رسائلنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ، جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ النسخة العربية ص ٤٣) . ومن طريق هذه السلطة تتسع دائرة الواجبات القانونية التي يعد الاخلال بها خطأ موجبا للتعويض ، انظر في ذلك بلانويل وريير واسمان ج ٦ نبذة ٥٠٨ ص ٦٦٦ حيث يقولون :

«... Les arrêts pour justifier le sujet des actions en dommages — intérêts, ont dit qu'il faut, pour qu'il y ait faute, que la loi oblige à accomplir le fait omis ou que son accomplissement constitue une obligation civile : Cette affirmation n'a pas grande portée, puisque c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider dans quels cas il y a obligation d'agir».

وحقيقة الامر ان القضاة لا ينشئون الواجبات القانونية انشاء ، وإنما هم يقتضون على أن يعينوا مدى الواجبات التي يكون القانون قد أنشأها ، مستغنيين في ذلك بمعيار مسلك الرجل المعتاد . وإذا كان هذا المعيار يتبع لهم التوسيع في مدى الواجبات التي يكون لها وجود مستند الى القانون ، فإنه لا يسمح لهم بتاتا بإنشاء الواجبات ابتداء ، متى كانت لا تستند وجودها من القانون . ولذلك نحن لا نقر القول بوجود واجبات قانونية ينشئها القاضي بحكمه . وغاية الامر انه يمكن القول أن احكام القضاء اذلاطرت على الاعتراف بوجود واجب قانوني معين غير منصوص عليه ، فان اطرادها على ذلك يكون عرفا قضائيا يعتبر مصدرا لقاعدة قانونية منشئه هذا الواجب =

الحاجة الى تطبيق هذا المعيار حتى بالنسبة الى الالتزامات التي أنشأها القانون محددة هذا التصديق الكمي اذا تغيرت الظروف التي راعاها المشرع عند اجراء هذا التحديد الكمي ، كما لو عين القانون حدا أقصى للسرعة في طريق معين بمراعاة الظروف العادية ، ثم وجدت في هذا الطريق في وقت معين تجمعات استثنائية كمظاهرة أو جنازة أو مهرجان ... الخ ، فيتعين حينئذ تخفيف السرعة بمراعاة مسلك الرجل المعتاد في مثل هذه الظروف بقطع النظر عن الحد الأقصى الذي نص عليه القانون .

المهم في ذلك أن دور معيار الرجل العادي هو دور التحديد الكمي للالتزام القائم لا دور خلق الالتزام أو انشائه ، فلا يمكن الركون اليه لتقدير وجود التزام لم يرد على انشائه نص خاص في القانون ، ولا بد اذا أريد القول بوجود التزامات قانونية غير الالتزامات التي وزعت بانشائها نصوص خاصة من البحث لذلك عن طريق آخر غير طريق معيار مسلك الرجل المعتاد .

(هـ) فكرة الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين -

بان مما تقدم أن الخطأ الموجب للمسئولية والتعويض اخلال بواجب قانوني ولا يكفي فيه أن يكون اخلالا بواجب أدبي أو أخلاقي ، أي أن الواجبات التي يعد الاخلال بها خطأ مدنيا يجب أن تكون ناشئة من

= ولكن في هذه الحالة يعتبر الواجب المشار اليه ناشئا من القانون بمعناه العلم الذي يشمل جميع مصادر القانون وهي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المادة الاولى من التقنين المدني الحالي) .

ومن هذا القبيل واجب استعمال الحق بحسن نية ، فهو قد اعتبر قبل النص عليه في المادة هـ بمعنى الخاصة بأساءة استعمال الحقوق ، واجبا قانونيا بناء على اطراد احكام المحاكم المصرية على تحريم اساءة استعمال الحقوق استنادا الى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي (انظر في ذلك كتابنا « الواقع » في شرح القانون المدني ، الجزء الاول سنة ١٩٨٧ ص ٤٧٢) .

القانون (بمعناه العام) ، وأنه لا يصح الوقوف في ذلك عند حد الواجبات التي نصت صراحة على انشائها نصوص خاصة وأن الحاجة ماسة الى توسيع دائرة الواجبات القانونية مع تحاشي اجراء ذلك من طريق الخلط بين الواجبات الأدبية والواجبات القانونية أو اعتبار بعض الواجبات الأدبية كواجب عدم الاضرار بالغير واجبات قانونية دون سند لذلك من القانون .

وعندى ان الأمر ميسور ، وإن كثيرا من الشراح قد لمحوا طريقه وأشاروا اليه ، وإن لم تكن فكرته قد وضحت لديهم وضوحا كافيا ، وخصوصا أولئك الشراح الذين تقدم أنهم عرفوا الخطأ بأنه مساس بحق الغير دون حق حيث لم يكن يفوتهم أن مجرد المساس بحق الغير إنما يكون ركن الضرر لا ركن الخطأ ، وأنه إذا اعتبر خطأ فلائنه ينطوى على خرق للواجب الذي كان يفرض احترام الحق الذي حصل المساس به .

وفي مقدمة أولئك الشراح لارومبيير في الثلث الأخير من القرن الماضي ، فهو بعد أن عرف الخطأ أو العمل غير المشروع بأنه مساس بحق الغير دون حق ، عاد في موضع آخر الى إيضاح فكرة عدم المشروعية ، فقال ان الفعل غير المشروع هو الذي لا يجيزه القانون أو الذي ينهى عنه القانون ، أو هو ما لا يملك المرء حق أتياه ، وإن الفعل المشروع هو ما يملك المرء حق القيام به ، ثم قال ان استعمال الحق في حدوده القانونية وفي تبصر لا يوجب مسؤولية ما إذا نشأ عنه ضرر للغير ، وذلك لأن ثبوت حق معين لشخص ينفي ثبوته لغيره ، وبالتالي فإن استعمال هذا الشخص حقه لا يتصور معه المساس بحق الغير . وبما أن أساس المسؤولية المساس بحق الغير ، فإن استعمال المرء حقه لا يمكن أن تترتب عليه مسؤولية لأنه لا يمكن أن يمس حقا للغير مادام ثبوت الحق له لا يتناقض مع ثبوته لغيره (٢٧) ، ثم تساءل لارومبيير بعد ذلك عن الأفعال التي

يملك كل منا حق اتيانها وبالتالي عن حدود حرية كل منا ، وأجاب عن ذلك بأن حريتنا لا يحددها الا حقوق الآخرين وحريتهم ، ومن ثم قرر أن هذا التعارض أو التنازع القائم بين حقوق الشخص الواحد والرخص المقررة له قانونا وبين الحقوق والرخص المقررة للآخرين ييسط ظلالة على جميع مسائل المسؤولية المدنية (٢٨) .

ويلاحظ أنه عندما أشار الى التنازع بين حقوق الشخص الواحد وحقوق الآخرين انما هو قد لمس في واقع الأمر التعارض بين حقوق الشخص وبين واجباته التي تفرض عليه احترام حقوق الآخرين ولكنه لم يحاول أن يتقصى أثر هذا التعارض في تعيين المسؤولية ، ولا وضع المعيار الذي يتعين به الحد الفاصل بين الأفعال التي يخولها حق معين لصاحبه وبين الأفعال المتصلة بهذا الحق التي يجب عليه الامتناع عنها احتراما لحقوق غيره بحيث يعتبر مخطئا اذا ارتكب أحد الأفعال الأخيرة ولا يعد فعله خطأ اذا كان داخل في الفئة الأولى .

ونجد هذه الفكرة ذاتها في الثلث الأول من القرن الحالي عند ديموج وجوسران ولكن بشكل أقل وضوحا . فقد قال ديموج أيضا ان العنصر المادي للخطأ هو المساس بحق الغير ، ولكنه لاحظ أن تعيين مدى حقوق الغير والحد الذي تنتهي عنده ليس بالأمر الهين ، فان هذا المدى أو الحد يختلف باختلاف الظروف ، فتارة يتفاوت مدى الحق بحسب

Peu importe donc que dans l'exercice régulier et prudent de son droit, il ait causé quelque dommage à un tiers. Comme l'action en dommages-intérêts a essentiellement son principe dans la violation du droit d'autrui, à défaut de ce droit elle manque de base légale à l'égard du prétendu contrevenant— Telle est enfin la mature d'un droit, qu'il n'existe en somme au profit de l'un qu'à l'exclusion et au préjudice même de tous autres—»

الظروف التي يباشر فيها ، وتارة يختلف بحسب الأشخاص الذين يباشر في مواجهتهم ، وتارة تبلغ الظروف حدا يعطل الحق تعطیلا تاما أو يقضى على وجوده كلية (٢٩) . وبناء على ذلك فإن التحقق من توافق العنصر المادی للخطأ يقتضى البحث فيما اذا كان الضرر الذى وقع يعتبر أساسا بحق للمصاب أم لا ، وذلك يقتضى تعيين مدى حق المصاب فى اصطدامه بنشاط الفاعل الذى أدى الى هذا الضرر . فاما أن يكون حق المصاب ممتدا الى الحد الذى يجعل ما أصابه من ضرر أساسا به ، فيتوافر بذلك العنصر المادی لخطأ الفاعل ، واما أن لا يكون كذلك فيكون فعل الفاعل لا خطأ فيه لأنه يكون داخلا فى حدود نشاطه المشروع أى فى حدود حقوقه ، وذلك لأن القانون لا يمكن أن يخول شخصين مختلفين فى حالة معينة حقين متعارضين بحيث يتداخل كل منهما فى الآخر

(٢٩) ديوچ ج ٣ نبذة ٢٢٦ ص ٣٧٠ حيث يقول :

Il faut au contraire remarquer que la limite des droits n'est pas chose simple. Elle apparaît tantôt objective, tantôt subjective.

Lorsque la limite des droits est fixée d'après des considérations objectives, elle l'est de façons bien diverses. Tantôt le droit n'a pas la même étendue suivant les circonstances où il s'exerce, tantôt son étendue varie suivant les personnes auxquelles on l'oppose. Tantôt certaines le font disparaître.

Ailleurs des considérations subjectives interviennent : une personne a un droit plus étendu parce qu'elle l'exerce dans un certain but d'intérêt social ou elle a un droit, une liberté protégée contre des influences d'un certain genre seulement. Enfin les mœurs exercent une influence pour déterminer la limite des droits. C'est ainsi que pour savoir si une personne peut exposer une autre à un certain risque, il faut tenir compte de sa gravité, de la valeur des objets en présence, de l'utilité et de la nécessité du risque.... Le droit en face des circonstances diverses peut être plus ou moins étendu. Il présente pour ainsi dire une certaine élasticité.

ويشتبك معه أو يصطدم به (٣٠) .

وكذلك قال جوسران فيما يتعلق بالعنصر المادى للخطأ انه يفترض أمرا في جانب المصاب وآخر في جانب الفاعل (٣١) ، فهو من ناحية المصاب يقتضى المساس بحق له ، مع التوسع في فهم معنى الحق بحيث لا يقتصر على الحقوق المعينة المحددة فحسب بل يشمل أعم الحقوق التى هى فى الواقع أقلها تحديدا ولكنها أكثرها أهمية وخطورة كالحق فى الحياة وفى الحرية وفى سلامة الجسم والاعتبار والشرف . ومن ناحية الفاعل يقتضى أن لا يكون له فى نشاطه الذى مس به حق الغير حق أقوى من حق الغير . وعلى ذلك فهو قد عرف الخطأ بأنه المساس بحق للغير دون امكان الاستناد فى ذلك الى حق أقوى منه أو معادل له على الأقل (٣٢) .

ويخلص جوسران من ذلك الى أن فكرة الخطأ نسبية تختلف بحسب الظروف ، وأن تقدير الخطأ يتوقف فى كل حالة معينة على طبيعة الحقوق التى يقع التصادم بينها اذ أن الحق الأقوى يعطل الأضعف ، أى أن الأول يخول صاحبه المساس بالثانى دون أن يعتبر ذلك خطأ .

ويمكن القول أن كلا من ديموج وجوسران عندما نظرا الى تعارض

(٣٠) : المرجع السابق ج ٣ نبذة ٢٣٧ ص ٢٩١ حيث يقول :

«Il serait en effet absurde d'admettre qu'il y a un droit opposable à un autre droit. Le Droit objectif ne peut reconnaître simultanément des droits inconciliables».

(٣١) جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٣ وما بعدها .

(٣٢) جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٦ حيث يقول :

«Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent».

حقوق الشخص وتصادمها مع حقوق الآخرين كان في ذهنهما مثل لارومبيير تعارض حقوق الشخص مع واجباته المقابلة لحقوق الآخرين ، ولكن لأنهما سعيان الى تحديد الخطأ دفعة واحدة ولم يميزا بين أمرين لازميين لتحديد الخطأ وهما أولا : وجود واجب قانوني معين الحدود وثانيا : الاخلال بهذا الواجب ، لم يعبرا أى التفات الى الواجب القانوني المقابل لحق معين للغير والذي يجتمع في ذمة شخص معين مع حقوق هذا الشخص المتعارضة معه ، فاعتقدا أن التعارض يقع مباشرة بين حقوق الشخص وحقوق الآخرين وحاولا أن يضعا معيارا للخطأ بالنظر الى هذا التعارض ، فجاء معيارهما مبهما لا يتسم بالتحديد الذي يسهل تطبيقه ، فضلا عن أنه أبعدهما عن مسألة تعيين الواجبات القانونية التي يعد الاخلال بها خطأ .

وبالتأمل في أقوال هؤلاء الشراح في ضوء النظرية التقليدية للخطأ كما تبلورت في تعريف بلانيول الخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني يمكن أن نخلص منها الى القول بأن القانون يفرض في مقابل كل حق يعترف به لشخص معين واجبا على الناس كافة ماعدا صاحب هذا الحق يفرض عليهم احترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه ، وهذا الواجب هو واجب قانوني تنشئه نفس القاعدة التي تنشئ الحق المعين لصاحبه ، وان لم تنص عليه صراحة ، اذ تعتبر متضمنة اياه دلالة بطريق التلازم ، لأنه لا فائدة من تقرير الحق لصاحبه اذا لم يقترن ذلك بنهي سائر الناس عن التعرض له في استعمال هذا الحق وعن مزاحمته فيه أو الاعتداء عليه .

وهذا الواجب وان كان الى حد ما عاما فيما يتعلق بشخص المكلف به ، اذ أنه يقع على عاتق كل شخص ماعدا صاحب الحق ، فهو من حيث محله خاص ومحدد ، لأنه يلزم كل مكلف به بالامتناع عن أعمال معينة مما يتعارض مع حق محدد ومقرر لشخص معين .

فلا شبهة اذن في أن كل حق مقرر لشخص معين يقابله واجب قانوني معين يلزم سائر الناس بأن يمتنعوا عن كل ما يعتبر مساسا بهذا الحق . ومصدر هذا الواجب هو نفس القاعدة القانونية التي أنشأت الحق الذي حصل المساس به ، فهو واجب قانوني يعتبر المساس به خطأ موجبا المسؤولية والتعويض .

وبهذا تهل أولى المسألتين اللتين نتصدى لهما في هذه المحاضرة وهي مسألة ايجاد سند قانوني لمجموعة هائلة من الواجبات القانونية التي لم ترد بانشاءها صراحة نصوص خاصة .

يبقى بعد ذلك أن هذه الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين ليست واجبات مطلقة لأنها لا تشغل وحدها ذمة المكلفين بها ، وانما تجتمع في ذمة كل منهم مع حقوقه المماثلة لحقوق الآخرين . فكما أن كل شخص مكلف باحترام حق غيره في الحياة ، فانه له هو أيضا الحق في الحياة . فيجتمع في ذمته حقه في الحياة بكل ما يخوله ذلك من سلطات للمحافظة على حياته ، مع واجباته التي تفرض عليه احترام حياة الآخرين . وقد تطرأ عليه ظروف يصطدم فيها حقه في الحياة بواجبه الذي يفرض عليه احترام حياة شخص آخر كما اذا أوشك على الغرق وكان انقاذ نفسه يقتضيه انتزاع لوحة يتعلق بها شخص آخر مشرف أيضا على الغرق ، فماذا يكون أثر هذا التصادم بين الحق والواجب المتعارضين على كل منهما ؟ أيبقى الواجب قائما كما لو كان واجبا مطلقا لا يتأثر بمختلف الظروف التي تطرأ عليه ويعتبر هذا الشخص مخلا به اذا هو انتزع اللوحة من الغريق الآخر لينجى نفسه ؟ أم يتأثر هذا الواجب فينكمش أو يمحي بسبب هذه الظروف بحيث يصبح انتزاع اللوحة من الغريق الآخر ولو أدى ذلك الى موته لا اخلال فيه بواجب قانوني وبالتالي لا خطأ فيه ولا التزام بتعويض ؟

وهذا ينقلنا الى المسألة الثانية التي نتصدى لها وهي مسألة تعيين مدى الواجبات القانونية .

(ثانيا) : تعيين مدى الواجبات القانونية والحاجة في ذلك الى
معيار وضبط هذا المعيار :

تقدم أن الواجبات القانونية الناشئة صراحة من نصوص معينة
يكون مضمونها ومداها في الغالب محددا تحديدا كليا بهذه النصوص .
ولكن هذا التحديد تكون روعيت فيها ظروف معينة هي الظروف العادية ؛
ماذا تغيرت هذه الظروف تعين وجود وسيلة مرنة لاعادة النظر في هذا
التحديد الكمي دون حاجة الى الرجوع في ذلك الى المشرع نفسه (٣٣) .

وفي الحالات التي لا تتضمن فيها النصوص تحديدا كليا للالتزامات
التي تنشئها ، فانها تحيل ان صراحة وان ضمنا على معيار مرن يتم هذا
التحديد الكمي وفقا له في كل حالة على حدة . . كمعيار مسلك الرجل
العادي .

أما الواجبات القانونية التي لا ينص عليها القانون صراحة ، وانما
تستنبط من نصوصه بطريق الدلالة والتلازم وهي الواجبات العامة التي
تقابل كل حق مقرر لشخص معين والتي تفرض على سائر الناس ماعدا
صاحب هذا الحق احترام حقه والامتناع عن مزاحمته في استعماله وعن
الاعتداء عليه ، فقد لاحظنا في شأنها انها تجتمع في ذمة الشخص مع
حقوقه الماثلة لحقوق الآخرين أو المتراخمة معها وانتي تخوله نشاطا
قد يتعارض مع تلك الواجبات الواقعة على عاتقه في مقابل حقوق
الآخرين ، فيتعين الفصل في هذا التعارض تارة بتغليب حق الشخص
على واجباته المقابلة لحقوق الآخرين ، وتارة أخرى بتقديس هذه

(٣٣) في هذا المعنى نقض مصرى جنائي اول مارس ١٩٤٣ الحسامية
٢٥ - ٥٢ - ٢٨ .

الواجبات ولو حدثت من حقوق الشخص نفسه ، بحسب الأهمية التي تكون لكل من الحقين المتقابلين في كل حالة على حدة ، أى أنه لا يمكن وضع قواعد أو جداول عامة مطلقة تذكر فيها مسبقا الأحوال التي يجب فيها تقديم حق الشخص على واجباته والأحوال التي يجب فيها عكس ذلك . وإنما ينظر في كل حالة على حدة ، فحيث يكون حق الشخص الذى يصطدم مع واجبه القاضى باحترام حق آخر للمغير أقوى أو أهم من هذا الحق الآخر ، فإن ضرورة مباشرة الحق الأقوى تعفى صاحبه من واجب احترامه الحق الأضعف . وبالعكس من ذلك فإن واجب احترام الحق الأقوى من شأنه أن يحد من نشاط صاحب الحق الأضعف أو الأقل أهمية .

ولكن كيف يمكن تقرير الأهمية النسبية لكل حق من الحقوق المتصادمة في كل حالة على حدة ومن يملك هذا التقدير ؟

إذا ترك تقدير هذه الأهمية النسبية للحقوق المتصادمة وتقدير أثرها على الواجبات المقابلة لحقوق الآخرين للأفراد أنفسهم كل منهم بحسب ميوله واستعداداته وما انطوت عليه نفسه من أثره تجعله يبالغ في أهمية حقوقه وفي الحد من واجباته تركا مطلقا دون مقياس أو رقابة ، كان مؤدى ذلك أن تصبح الغلبة للأقوى الذى يستطيع أن يذهب في حقوقه الى أقصىها وأن ينقص من واجباته الى الحد الأدنى ، وصارت الحياة في المجتمع فوضى لأن كل فرد فيه سيحاول الفوز بأكثر ما يمكن من الحقوق وسيصطدم في ذاك بمحاولات غيره المماثلة ، ولا يكون ثمة ضابط يفصل بينهما ويرسم حدود كل منهما ، وعد ذلك تقاعسا من القانون عن أداء وظيفته الأصلية .

لذلك كان لا مناص من إيجاد معيار مادي ثابت يرجع اليه في كل حالة لتعيين مدى حقوق الأشخاص المتشابهة .

وقد اتخذ كولان وكابيتان لذلك معيار مسلك الرجل المتبصر المتيقظ

l'homme prudent et diligent في مثل الظروف التي ارتكب فيها
المدعى عليه فعله الضار ، وكذلك اتخذ الأستاذان هنرى وليون مازو
l'homme prudent, avisé معيار مسلك الرجل المتبصر الرشيد
وصرحا في ذلك بأن المقصود بهذا المعيار ليس مسلك الرجل المتوسط
البصر واليقظة بل مسلك الرجل اليقظ الرشيد

Le type de comparaison, ce n'est pas l'homme moyennement prudent ou moyennement avisé, c'est l'homme prudent avisé.

أى أن هؤلاء الشراح جميعا قد اعتمدوا معيارا عاليا لتعيين مدى
التزامات كل منا ، فلم يكتفوا بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية ،
بل اتخذوا معيارا أشد هو معيار الرجل المتبصر المعتنى بشئونه ، الأمر
الذى يؤدي الى مطالبة كل شخص في كل حالة على حدة ، لا بعناية
الشخص المتوسط في هذه الحالة فحسب بل بعناية أشد من ذلك ، هي
عناية الرجل المتبصر .

واذا كان من شأن هذا المعيار العالى الذى اعتمدوه أن يزيد من
مدى الواجبات القانونية وبالتالي أن يوسع من دائرة الخطأ وأن يسهل
للمضربين اثباته تمشيا مع الاتجاه العام في المسئولية نحو مساعدة
المضربين ، فإن من الواضح أن فيه غبنا كبيرا على أوساط الناس تبصرا
أو يقظة لأنه يحملهم بأكثر مما يطبقون ، ولأن الأحكام يجب أن تبنى
على الغالب وهو مقدرة أوساط الناس ، ولأنه لا يصح أن يطالب الناس
جميعا بأكثر مما تستطيعه أغليبيتهم وهم أوساط الناس ، ولأن القانون
جرى على ذلك في كل مرة أحال فيها صراحة الى معيار مادي كما هو
الشان في المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى التى نصت على معيار عناية رب
الأسرة العاقل ، ومن المسلم أن المقصود بذلك رب الأسرة المتوسط
العناية ، وكذلك في المادة ١٧٢٨ مدنى فرنسى في شأن التزامات المستأجر ،
لذلك كله كان من المتعين الالتفات عن هذه الدرجة العالية للمعيار الموضوعى
المشار اليه والوقوف عند حد درجة متوسطة فيه هي مسلك الرجل
العادى . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى صراحة في التقنين المدنى

الحالى حيث نص على هذا المعيار فى المصاد ١٩٢ و ٢١١ ، ٥٨٣ / ١ :
٦٤١ / ١ ، ٧٠٤ ، ٧٣٠ الخ .

وكذلك فعلت أكثر التقنينات العربية الحديثة .

ويقول الأستاذ السنعورى فى ذلك أن هذا الشخص المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس ، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع الى الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل الى الحضيض وهو الشخص الذى اتخذناه من قبل مقياسا للخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل العادى وهو شخص عرغه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل bon père de famille : ننظر الى المالكوف من سلوك هذا الشخص العادى ، ونقيس عليه سلوك الشخص الذى ينسب اليه التعمدى (٣٤) .

واذن فالمعيار المادى الذى لا سبيل الى تعيين مدى الواجبات القانونية الا بمقتضاه هو مسلك الرجل العادى أى الرجل المتوسط فى جميع الصفات التى لا تظهر الا بالبحث الشخصى الذاتى كالتبصر والذكاء والعناية والنزاهة ... الخ . فينظر الى مسلك الرجل العادى اذا ما اصطدم حق له مماثل لحق من تسبب فى احداث ضرر لغيره مع واجبه المقابل لحق المضرور الذى حصل المساس به من حيث تغليب حقه على واجبه المذكور أو العكس ، ويتعين وفقا لهذا المسلك مدى واجبات المتسبب فى الضرر الذى كان يلزمه مراعاتها فى الحالة المعينة التى وقع منه فيها الفعل الضار .

ففى حوادث السيارات مثلا يرتكب السائق فى استعمال حقه فى تيادة السيارة مساسا بحق المصاب فى سلامة نفسه ، فاذا أردنا البحث

في خطأ السائق أو عدمه ، اقتضانا ذلك أولا تعيين مدى واجب هذا السائق في احترام سلامة الغير عند مباشرة حقه في قيادة السيارة في حدود اللوائح والقوانين . ولا بد في ذلك من التوفيق بين استعمال حقه وبين واجبه في احترام سلامة الغير ، بقصر واجبه على اتخاذ درجة معينة من الاحتياط في استعمال حقه . وهذه الدرجة معينة من الاحتياط هي التي يرجع في تحديدها الى مسلك الرجل العادى ويكون تعيين الواجب ومداه وفقا لهذا المعيار متروكا لتقدير الشخص نفسه وضميره ، على أن يخضع في هذا التقدير لرقابة القاضى . فإذا تعارض مثلا حق مصلحة السكك الحديدية في تسير قطاراتها وعبورها الطرق العامة والممرات مع واجبها المقابل لحق المارة ومستعملى وسائل النقل الأخرى التي تمر بهذه الطرق في سلامتهم عند اجتيازهم مجازات السكك الحديدية ، فيترك لهذه المصلحة أن تعين هي ما يجب عليها حراسته من مجازاتها وطريقة هذه الحراسة ومداه ، أيلزم فيها استعمال البوابات والحواجز أم يكفي إقامة حراس بجوانبها . وفي هذه الحالة الأخيرة أتجب الحراسة ليلا ونهارا أم يكفي بالحراسة نهارا ؟ فإذا وقع حادث بسبب عدم حراسة مجاز معين ليلا وادعى المصاب أن المصلحة مقصرة في ذلك ، كان للقاضى أن يبحث في ضوء موقع هذا المجاز وجميع الظروف الأخرى ما إذا كان مثل هذا المجاز يجب حراسته ليلا أو لا يجب ، وتعين عليه أن يسترشد في ذلك بما كان يفعله الرجل العادى في مثل هذه الحالة (٣٥) .

غير أنه لأن مسلك الرجل العادى لا يتعين فقط بطبيعة الحقين المتعارضين اللذين يباشر هو أحدهما ، فيصطدم في مباشرته اياه بواجبه المقابل لحق الطرف الآخر ، وانما يدخل في تعيينه أيضا الكثير من الظروف

(٣٥) استئناف مخطط ٢ ابريل ١٩٣٦ غارت المحاكم المخططة ٢٧ — ٨ ، ٥ ، وايضا ٢٨ فبراير ١٩٣٥ غارت المحاكم المخططة ٢٧ — ٨ — ٤ : وبوجه خاص الاسكندرية الابتدائية المخططة ٢٧ — ٧ — ٣ وتعليقا عليه في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة سنة ١٩٣٧ عدد نوفمبر ص ١٠٣٧ وما بعدها .

المتصلة بالشخص أو المحيطة به كظروف الزمان والمكان والسن والعلم والبيئة والعادات ، فينبغي عند تقصى الواجب في حالة معينة بالنظر الى مسلك الشخص العادى أن ينظر اليه محوطا بمثل هذه الظروف لأن مسلك الشخص العادى يختلف من ظرف الى آخر ، ولا يجوز مثلا مقارنة مسلك سائق سيارة في طريق صحراوى خارج المدينة بمسلك سائق في داخل المدينة في طريق مزدحم بالمارة ، ولا مسلك السائق في طريق جاف بمسلك سائق في طريق زلق بماء المطر .

غير أننا اذا أقمنا وزنا في تقصى مسلك الرجل العادى لجميع ظروف المدعى عليه حتى ما كان منها خاصا بشخصه لا يظهر الا بالبحث الذاتى ، كضعف أعصابه واضطراب نفسه ودرجة تمييزه ومقدار ثقافته ، فان ذلك يؤدى في الواقع الى الانصراف عن الميعار المادى واهدار المقارنة بمسلك الرجل العادى والى تقدير مسلك المدعى عليه تقديرا ذاتيا يكون من أهم عيوبه أنه لا ضابط له ، فلا بد اذن من وضع حد للظروف التى يقام لها وزن عند تقدير مسلك المدعى عليه بالمقارنة بمسلك الرجل العادى .

وقد ذهب الأستاذان هنرى وليون مازو الى وجوب التمييز بين الظروف الخارجية التى كانت تحيط مرتكب الفعل الضار عند ارتكابه اياه وبين ظروفه الداخلية والاقتصار على الأولى دون الثانية عند تعيين مسلك الرجل العادى ، وعرضا المقصود بالأولى بأنه ما ليس خاصا بشخص مرتكب الفعل الضار أو ما ليس من خصائصه ومميزاته الطبيعية ، وبناء على ذلك اعتبروا ظروف الزمان والمكان من الظروف الخارجية التى يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى ، أما الحالة النفسية والطباع والعادات ودرجة الحساسية فيعتبرانها من الظروف الداخلية التى لا يجوز أن يقام لها وزن ، وكذلك فقد التمييز فقدا كليا أو جزئيا والسن والجنس والأمراض وأثر الوراثة في الأشخاص وأثر الطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها الشخص .

ويلاحظ على هذه التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية انها — فوق عدم استنادها الى أى أساس من القانون أو من المنطق أو من العدالة — تؤدي أحيانا الى حلول يأبأها الذوق والضمير ، فهم تؤدي مثلا الى مطالبة المجنون أو الصغير غير المميز بمثل عناية الرجل الكامل الرشيد ، وتسوى بين واجبات الطفل الصغير وواجبات الرجل الكبير ، وبين واجبات الرجل السليم وواجبات ذى العاهة ، وبين واجبات الأمي وواجبات المتعلم ، وبين واجبات الطبيب الريفى وواجبات الاخصائى الكبير ، فى حين أن الذوق والعدالة يقتضيان المعايير فى واجبات هؤلاء جميعا .

الستم ترون معى أنى اذا استقدمت اخصائيا كبيرا من لندن أو باريس أو غيرها لاجراء جراحة دقيقة لى يحق لى أن أنتظر منه كفاءة ممتازة وعناية فائقة تتفق مع ما أوحته الى شهرته التى طبقت الآفاق والتى حملتنى على أن أدفع اليه أتعابا تفوق أضعاف ما يتقاضاه الجراح العادى اذا قام بمثل هذه الجراحة ؟ أيستساغ من مثل هذا الاخصائى الكبير أن يتذرع لدرء مسؤوليته بأنه ليس ملزما بأكثر من عناية الطبيب العادى بمقولة أن علمه الواسع وخبرته الطويلة وتخصصه الفذ كل ذلك ليس الا ظروفًا داخلية خاصة به لا ينبغى أن يقام لها وزن فى تعيين مدى التزامه ازاى ؟

وكذلك اذا لجأت الى طبيب عجز انقطع منذ نصف قرن لممارسة مهنته فى قرية نائية بعيدا عن تطورات العلم الحديثة ، أيسوغ لى أن أحاسبه على أساس التزامه ببذل عناية الطبيب العادى فى العصر الحالى ، وأن أسأله لعدم تطبيقه مبتكرات العلم الحديث بالرغم من ثبوت عدم وصولها الى علمه فى عزلته التى يعيش فيها ؟

ان هذه التفرقة لو كانت منصوفا عليها قانونا ، لكان ما تؤدي اليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة كفيلا بحمل المصالح على التحايل على

النصوص تقاديا لهذه النتائج • أما وانها لا نص عليها من قريب أو من بعيد ، وليست نتيجة حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة ، بل انها وليدة الاختيار الحر أو بعبارة أخرى انها تفرقة تحكمية فحسب ، فان نتائجها المذكورة كفيلة بالحكم عليها ، أو تتطلب على الأقل تحويلها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول الى هذه النتائج غير المقبولة •

وقد نبه سافاتييه الى عيب هذه التفرقة وقال بوجود السماح بإضافة بعض الظروف الشخصية الى المعيار الموضوعي الذي يقاس به الخطأ حتى تمكن المغايرة في واجبات الأشخاص باختلاف الظروف المذكورة (٣٦) • ولكنه لم يحاول وضع ضابط تعين به الظروف التي يقام لها وزن في تقدير الواجبات الشخصية والظروف التي لا يكون لها اعتبار في ذلك •

وفي القانون المصري قضت محكمة الاستئناف، في ٢ يناير ١٩٣٦ بأنه « بالنسبة الى الأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال

(٣٦) وفي هذا يقول سافاتييه (في المسؤولية المدنية ج ١ ص ٢٧٨ نبذة

: (١٦٦ و ١٦٧) :

Le standard de l'homme avisé et prudent n'est qu'une base générale. Il se rectifie par les éléments physiques et intellectuels susceptibles d'accroître ou diminuer, en la personne de l'agent, le pouvoir de prévoir et d'éviter l'acte illicite. La faute d'un spécialiste, celle d'un homme cultivé, ne s'apprécieront pas comme celles d'un profane, ou d'un ignorant ; celle d'un enfant, d'un infirme ou d'un malade, de la même manière que celle d'un homme adulte et bien portant. Mais la preuve de ces correctifs personnels incombe à celui qui les invoque.

في المعالجة « (٣٧) ، غدلت بذلك على أنها قصدت تعيين واجبات الطبيب الاخصائى لا بالمقارنة بمسلك طبيب آخر عادى بل بالمقارنة بمسلك طبيب اخصائى مثله ، وقد علقت على هذا الحكم في حينه مبرزا قصد المحكمة اعتبار الخبرة والتخصص من الظروف التى يقام لها وزن في تعيين مدى واجبات الطبيب الاخصائى ، مبينا ضرورة التوسع في فهم المقصود بالظروف الخارجية التى يقام لها وزن في معيار الخطأ بحيث تشمل جميع الظروف الظاهرة للملا بحيث يعرفها الناس دون حاجة الى معاملة الفاعل وغحص نيته (٣٨) .

وقد حدا ذلك الأستاذ الدكتور وديع فرج الى أن يقول في بحثه المنشور في سنة ١٩٤٢ في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية أن هناك عوامل شخصية لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب وبمركزه في تلك المهنة وبكفايته في عمله ، كالتخصص في فرع من الفروع ، والوجود على رأس مستشفى من المستشفيات ، والتدريس في جامعة من الجامعات ، والوجود

(٣٧) استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٧١٣ — ٢٣٤ وتعليلنا عليه في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة (١٩٣٧) ص ٦٤٥ و ٦٤٦ .

(٣٨) وقرب من ذلك أيضا مصر ٢ يناير ١٩٢٧ المجموعة س ٢٩ ص ٢٠ رقم ١١ وقد جاء فيه أن الطبيب المولد يسأل عن استعماله العنف في جنح الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استنادا الى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ من أنه يستبعد على طبيب متفرن مختص بالولادة جنح الرأس حتى ينصل عن العنف ، وان كان من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب يعالج كل الامراض .

وايضا جنح الازيكية ٢٦ يونيه ١٩٦٩ في اللجنة رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ وقد جاء فيه أن اتباع الطبيب في العلاج خلاف المألوف يعتبر اساءة تقدير وعدم اتباع لمبادئ الاحتياط مما يكون ركن الخطأ في حق الطبيب المتهم ، وبالاخص وأنه اخصائى في مهنته يطلب ببذل عناية اكبر من العسافية التى يطلب بها الاطباء العموميون . فالمرضى لا يلجأ الى الاخصائى عادة الا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقرر أن حالة المريض تستدعى عسافية من شخص له دراية خلصة ، فالاخصائى يجب أن يكون على المسلم تام بأصول فنه ويجب أن يتوحي غلية الحذر في أمور علاجه .

في قرية بعيدا عن العلم والعلماء ، وما الى هذا من الاعتبارات التي يراعيها نفس المريض عند اختيار الطبيب والتي يمكن أن نطلق عليها الاعتبارات التي ترجع الى المستوى المهني للطبيب . فلو أضيف هذا العنصر الى عناصر قاعدة التقدير المجرّد بحيث يراعى عند المقارنة الظروف الخارجية والمستوى المهني للمسئول ، فيقارن الطبيب الريفي بطبيب ريفي مثله ، والمتخصص في المدينة بمتخصص في المدينة مثله ، لأصبحت تلك القاعدة صالحة في عرفنا كأساس لمعيار الخطأ الطبّي (٣٩) .

ويمثل هذا أيضا يقول الأستاذ عبد السلام التونجي في كتاب المسؤولية المدنية للطبيب دمشق سنة ١٩٦٦ ص ٢٦٦ نبذة ١٤٢ .

ولنا أن نتساءل على أي أساس يجوز القول بإضافة المستوى المهني للطبيب الى الظروف الخارجية التي يقام لها وزن في تعيين مدى التزاماته ، مع أن المستوى المهني ليس الا درجة علم الطبيب وخبرته وهي بلا شك ظرف داخلي ؟ ولماذا يقصر ذلك على المستوى المهني للطبيب ولا يعمم بالنسبة الى المستوى المهني لأرباب المهن الأخرى ؟ ولماذا يتميز المستوى المهني بهذه المزية ولا يشاركه فيها غيره من الظروف الداخلية الأخرى كظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية ؟

لذلك رأى الأستاذ السنهاوري ضرورة إضافة هذه الظروف الثلاثة الأخيرة في بعض الأحوال الى الظروف الخارجية التي يقام لها وزن في تقصى مدى التزام مرتكب الفعل الضار من طريق معيار مسلك الرجل العادي ، فقال ما نصه :

« ان الشخص العادي ، الذي نجعل سلوكه المألوف مقياسا للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملائمة لشخص المتعدّي دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التي تحيط بالتعدّي ، وأهم

الظروف الخارجية العامة التي لا يجوز التجرد منها هي ظروف الزمان وظروف المكان .

« وقيل أن نترك هذا الموضوع ، نعود الى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفا داخلية شخصية يجب التجرد منها ، وهي ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبيا أو امرأة أو ريفيا ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادي المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر في شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فانه لا يصح في شأن الأعمال التي تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فان الصبي الصغير اذا لعب مع رفقاءه لا ينبغي أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج في السن . كذلك المرأة اذا باشرت عملا تباشره النساء عادة ، كالتهليل والتوليد والتمريض ، لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفي الساذج ، وهو يعيش في قريته النائية عيشته المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء ، والريفي فيما يسكن اليه من حياة قروية ، ينبغي أن يعتبر كل منهم منتميا الى طبقة قائمة بذاتها ، فيجرد من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث شخص عادي يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذي يقاس به سلوك الأفراد التي تنتمي الى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبي مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما تباشره النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسيطاتهن تتجرد من الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ، فيما يدخل في حياتهم الريفية ، قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل في أعمال انجبيان ولا هي من الأعمال التي تباشرها

النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة اليها ظروفا داخلية شخصة لا ظروفا خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفا داخليا شخصيا بالنسبة الى شيء معين ، ثم ينقلب الى ظرف خارجي عام بالنسبة الى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوخر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (٤٠) .

ولنا أن نتساءل عما في هذه الظروف الثلاثة الشخصة الداخلية التي رأى الأستاذ السنهورى امكان رفعها الى مرتبة الظروف الخارجية التي يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى مما يرتسحها لهذه المنزلة السامية ؟ ولماذا تنفرد هذه الظروف الثلاثة دون غيرها من الظروف الداخلية بهذه المزية ؟ أو ليس العلم والتخصص والمستوى المهني أولى منها بذلك أو على الأقل مساوية لها فيه ؟

ألا يمكن أن يعتبر مجموع الأفراد الذين يشتركون في أى ظرف من الظروف الداخلية الشخصة كضعف الأعصاب وسرعة الانفعال ورقة الاحساس مكونين طبقة قائمة بذاتها وأن نجرد من هذه الطبقة شخصا عاديا يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد الذين ينتمون الى هذه الطبقة ؟ وان قلنا بذلك ألا يكون مؤداه العود الى الأخذ بالمقياس الشخصى الذاتى الذى يقتضى الغوص في أعماق النفس الانسانية مع ما يكتنف ذلك من صعوبات تجعله في حكم المستحيل ؟

لذلك كله نرى اعادة النظر في التفرقة المشار اليها بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية : لتتساءل ماذا في الأولى مما يرتسحها لأن يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى وماذا في الثانية يجعلها غير جديرة بذلك . وبامعان النظر يتضح أنه ليس في أى من نوعى الظروف

المذكورة ما يرشحها للدور الذى تقرره له هذه التفرقة ، أى أنه ليس فى كون الظرف خارجيا ما يوجب اقامة وزن له فى تقصى مسلك الرجل العادى وفى كون الظرف داخليا ما يبرر اهداره ، وقد رأينا أن العمل يكشف عن أن بعض الظروف الداخلية لا يصح اهدارها وينبغى اقامة وزن لها فى تعيين مدى التزام الفاعل .

ولا عجب فى أن يكشف العمل عدم صلاحية هذه التفرقة لتحقيق الغرض الذى وضعت من أجله ، لأنه طالما أن الغرض هو تعيين مدى الالتزام ، وإن الالتزام علاقة بين طرفين ، فلا يصح أن يقتصر النظر فى تعيين مداه الى الظروف المحيطة به من ناحية المدين به فحسب ، بل يجب أن ينظر اليها أيضا من زاوية الدائن به وأثرها فى نظره ، أى أن الظرف الذى يصح اعتباره مؤثرا فى تعيين مدى الالتزام يجب أن يكون معلوما لطرفيه وداخلا أثره فى تقديرهما سواء كان هو ظرفا خارجيا أو داخليا ، لأن علم الطرفين به ودخوله فى تقديرهما هو الذى يرشحه لأن يقام له وزن فى تعيين مدى الالتزام ، لا كونه خارجيا أو داخليا .

لذلك نرى تعديل التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية تعديلا يجعل النظر الى ظروف مرتكب الفعل الضار لا من ناحية الأخير وحده وكونها خارجة عنه أو باطنة ، بل من ناحية المضرور أيضا ومدى امكان احاطته بها وتوقعه تأثيرها فى مسلك الفاعل ، فننظر فى تعيين مدى واجبات الفاعل الى مسلك الرجل العادى فى مثل ظروفه التى تكون منظورة للمضرور بحيث تجعله يتوقع من الفاعل مسلكا معينا .

فإذا كان الفاعل قد انحرف عن هذا المسلك ، كان انحرافه هذا اخلايا بالثقة المشروعة للمعير واخلايا بالواجب عليه ، وعد بالتالى خطأ موجبا مسئوليته .

فالولد فى العاشرة من عمره مثلا لا يبعث فى نفس الغير ثقة الا فى أنه سيمسك مسلك من يكون فى مثل سنه لأن هذه السن ظرف ظاهر للآل ،

فيجب أن يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى ، ولا يجوز تحديد واجبات ذلك الولد بالرجوع الى مسلك الرجل الكبير . وكذلك مساعد الطبيب (التورجى) لا يبعث في النفس الثقة التى يبعثها فيها الطبيب نفسه ، كما أن الطبيب العادى وبخاصة في الريف أو المدن الصغيرة لا يبعث في النفس الثقة التى يبعثها فيها الاخصائى المشهور ، وكذلك الشخص المصاب بعامة ظاهرة لا يبعث في النفس ثقة في مسلكه مثل الثقة التى يبعثها فيها الرجل السليم .

ويجب أن يكون الأمر كذلك أيضا في تقدير خطأ المضرور نفسه عندما ينسب اليه أنه هو المتسبب بخطئه في حدوث الفعل الضار أو انه قد أسهم بخطئه في حدوث ذلك الفعل . فيكون قياس مسلكه بمعيار مسلك الرجل العادى اذا وجد في ظروف مماثلة لظروفه الظاهرة المنظورة للمدعى عليه (المنسوب له ارتكاب الفعل الضار) وقت حدوث الفعل الضار ، بقطع النظر عن كون هذه الظروف خارجية أو داخلية بالنسبة الى المضرور ، لأن هذا الأخير لا يصح اعتباره مخطئا الا بقدر ما في مسلكه من اخلال بالثقة المشروعة الواجبة لمن وقع منه الضرر . فاذا كان المضرور المنسوب اليه أنه أسهم بخطئه في وقوع الفعل الضار قد سلك بالفعل مسلكا شاذا ، ولكن ثبت أن مسلكه هذا ، راجع الى غفده التمييز ، فان غفده التمييز لا يكفى بذاته لاهدار دفاع المدعى عليه ، بل يجب أن ينظر ما اذا كان غفد المضرور التمييز ظاهرا بحيث كان الفاعل يعلمه أو في وسعه أن يعلمه ، كما لو كان المضرور طفلا صغيرا أو مجنوننا ظاهرا جنونه من حركات تلفت النظر ، فحينئذ يعتبر الفاعل أنه كان واجبا عليه أن يتوقع من ذلك الطفل أو المجنون مسلكا شاذا ، وأن يرتب مسلكه الشخصى تبعا لذلك . فان لم يفعل فقد قصر في واجبه وكان ذلك المسلك الشاذ من جانب المضرور لا يمكن اعتباره اخلالا بثقة الفاعل المشروعة وبالتالي لا يمكن اعتباره خطأ في جانب المضرور ولا سببا أجنبيا بالنسبة الى الفاعل تدفع به مسؤوليته .

أما اذا كان الطفل المضرور قد جاوز سن التمييز أو كان جنون

المعتوه غير ظاهر ، فقد حق للفاعل أن ينتظر منهما مسلكا عاديا • ويقدر هذا المسلك العادى غيما يتعلق بالصغير المضرور بالنسبة الى مسلك صغير عادى فى مثل سنه ، وفيما يتعلق بالمعتوه بالنسبة الى مسلك الرجل العادى (٤١) •

لذلك يتعين عند تحديد مدى واجبات الشخص فى دعوى المسؤولية المدنية — تمهيدا لمعرفة ما اذا كان مخطئا فى مسلكه أو غير مخطىء — أن نتمثل الرجل العادى فى مثل ظروفه الظاهرة التى يكون من شأنها أن تبعث لدى الغير الثقة فى أنه سيسلك مسلكا معينا ، ولا يكفى أن نتمثله فى مثل ظروفه الخارجية التى يقول بها الأستاذان مازو •

وفى اعتقادى أن هذا التحويل الذى اقترحه فى التفرقة التى ابتدعها الأستاذان الكبيران ان كان يبدو فى الظاهر طفيفا — حتى يبدو لغير الفاحص التأمل مجرد تحويل لفظى — ينطوى فى الواقع على علاج جذرى لجميع عيوب هذه التفرقة ، وهو أوفى كثيرا من العلاجات الموضعية التى أشرنا إليها ، وفى مقدمتها ما اقترحه الأستاذ الدكتور وديع فرج وما اقترحه الأستاذ الدكتور السنهورى •

وقد أخذت المحكمة الادارية العليا فى مصر فى حكم لها بتاريخ ٢ مارس ١٩٥٧ بمعيار الظروف الظاهرة الذى نادينا به منذ سنة ١٩٣٧ (٤١ مكر) حيث قررت أن المعيار فى تقدير خطأ الطبيب وتعيين مدى واجباته يكون اما بمقارنة مسلك طبيب عادى اذا وجد فى مثل ظروفه الظاهرة ، أو بمقارنة مسلك طبيب اخصائى مثله اذا وجد فى مثل هذه

(٤١) انظر احكام المحاكم فى هذا المعنى فى رسالتنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٤١ مكر) انظر تعليقا لنا على حكم استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ فى مجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد أبريل ١٩٣٧ ص ٦٤٥ وما بعدها .

الظروف لأن الاخصائي محل ثقة خاصة لها وزنها عند تقدير الخطأ نظرا لتخصصه (٤٢) .

أما محكمة النقض ، فإن كان الظاهر أنها لم تأخذ بعد بهذا النظر (٤٣) ، فيبدو أنها أصبحت تتشكك في إمكان التمويل على التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية ، حيث تحاشت في حكم حديث لها بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٦٦ ذكر هذه التفرقة واكتفت بالإشارة الى وجوب اقامة وزن للظروف المحيطة بالفاعل ، اذ قررت أن مناط واجب الطبيب في بذل العناية ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها (٤٤) .

ولعل ما ساعدها على ذلك أنه لم يكن في وقائع الدعوى المعروضة

(٤٢) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ٢ - ٥٩١ - ٦٦ ج

(٤٣) انظر مع ذلك نقض مدني ٢٥ نوفمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد انقلاونية للاستاذ محمود عمر ج ٥ ص ٦٦٠ رقم ٣٤٠ وقد جاء فيه أنه « اذا كان الحكم حين قضي بمسئولية الطاعنين عن التبليغ في حق المطعون عليه بأنه اخترن كميات وغيره من الاقمشة وأدوات الكهرباء قد استند في ذلك الى ما حصله تحصيلاً سائفاً من وقائع الدعوى من أن ما قصده المبلغان انمسا هو التبليغ عن تهمة حبس هذه السلع عن التداول بقصد التأثير في الاسعار وأن هذه التهم غير صحيحة وأن المبلغين كانا يعلمان بعدم صحتها ، وأنه على فرض انتفاء هذا العلم ، فإن التبليغ حصل عن رعونة وعدم تبصر ، اذ الواقعة المبلغ عنها كان في مقدور الرجل العادى أن يتبين عدم صحتها ، في حين أن أحد المبلغين محام مسئول عن وزن اعماله وتقديرها قبل الاقدام عليها ، فانه بذلك يكون قد اثبت توافر ركن الخطأ الموجب للمسئولية » .

وبين من هذه العبارة الاخيرة أن المحكمة اعتبرت أن ممارسة مهنة المحاماة وما تقتضيه في المحامى من علم خاص بالقانون ظرف يقام له وزن في تعيين مدى التزام المحامى بالتبصر والتروى قبل الاقدام على الإبلاغ عن تهمة تستوجب محاسبة الغير وعقابه .

(٤٤) نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ -

عليها ظرف ثار الخلاف بشأنه على ما اذا كان يتعين اقامة وزن له في تقصى مسلك الطبيب العادى أم لا ، ونعتقد أنها متى عرض عليها ظرف يدور حوله مثل هذا الخلاف ، فانها ستضطر الى معالجة الموضوع والى قول كلمتها في شأن معيار التفرقة بين الظروف التى يقام لها وزن والظروف التى يصرف النظر عنها في تقصى مسلك الرجل العادى ، ذلك المسلك الذى يحدد مدى الترام مرتكب الفعل الضار والذى يقاس به مسلكه .

ولا جدال في أن ظروف الزمان والمكان هي من الظروف الظاهرة التى يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى . فالسائق الذى يقود سيارة في مكان مزدحم يكون ملزما بما يراعيه الرجل العادى في مثل هذا الظرف . والطبيب الذى يجرى جراحة في العصر الحاضر يكون ملزما بما يتخذه الطبيب العادى من احتياطات في الثلث الأخير من القرن العشرين .

وكذلك ظرف السن بالنسبة الى الصغار يعتبر من الظروف الظاهرة كما تقدم . وكذلك العلم والتخصص بالنسبة الى من يعرف عنهم ذلك ويشتهرون به ويقصدون لأجله ، وكذلك أيضا المهنة التى يمارسها الشخص والطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها ، والبيئة التى يعيش فيها عادة . فمسلك المهندس في مباشرة عمله يقاس بمسلك المهندس المتوسط ، ومسلك القروى الريفى في بلدته يقاس بمسلك القروى العادى لا بمسلك المتحضر المثقف .

ويلاحظ أن الظرف ذاته يعتبر ظاهرا ويقام له وزن فيما يتعلق ببعض نشاط الشخص دون البعض الآخر ، أى في نشاطه لقط الذى يترتب عليه فيه أن يوحى الى الغير أنه سيسلك مسلكا معيناً . فالسن يقام لها وزن في مسلك الصغار في لعبهم أو في سيرهم في الطريق العام ولا يقام لها وزن في قيادة سيارة . والعلم والتخصص يقام لها وزن فيما يباشره الاخصائى من أعمال مهنته دون غيرها . وكون الشخص قرويا

ريفيًا لا يقام له وزن الا فيما يباشره من نشاط في بيئته التي يعيش فيها •
أما اذا ذهب الى المدينة ، فينتظر منه ما ينتظر من سكان المدن •

ومن ثم يبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفًا غير ظاهر وغير منظور بالنسبة الى أمر معين ، ثم ينقلب الى ظرف ظاهر ومنظور بالنسبة الى أمر آخر ، وفي هذه النسبية — كما يقول الأستاذ السنهاوري في صدد أخذه بتقسيم الظروف الى خارجية وداخلية — ما يجعل المقياس المجرد أوغر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (٤٥) •

والغالب أن يلجأ القاضى في تعيين مدى واجبات الفاعل الضرر عند نظره دعوى المسؤولية المدنية الى اعتبار نفسه الرجل العادى الذى يقاس بمسلكه مسلك الفاعل ، فيتصور نفسه موجودا فى مثل ظروف الفاعل التى يجب أن يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى ويتساءل كيف كان يسلك فى هذه الظروف ، ويحاسب الفاعل على أساس هذا السلوك الذى يتصوره • وإذا كان الأمر متعلقا بشأن من الشئون الفنية ، فانه يلجأ فى ذلك الى خبير ، ويكون الخبير بدوره ميالا الى أن يتصور نفسه فى موضع الفاعل وفى مثل ظروفه المذكورة وأن يتخيل كيف كان يسلك فى هذه الظروف ثم يحاسب الفاعل على أساس هذا السلوك •

غير أنه يخشى من هذه الطريقة أن يصير القضاء فى دعاوى المسؤولية متأثرا بالميزات الشخصية لكل قاض على حدة ، فتختلف الأحكام من قاض الى آخر ، لا بحسب المميزات الخاصة بالمسؤولين ، بل بحسب الصفات والميول الشخصية للقضاة ، مع ما فى ذلك من مجالفة للمعادلة •

لذلك يكون آمن طريق للأخذ بالمعيار المادى دون وقوع فى هذا العيب الأخير هو أن يعول القاضى فى تعريف مسلك الرجل العادى على

العرف والعادات ، فيتسائل مثلا عما جرى عليه عرف المهنة في ظروف معينة بقطع النظر عما كان يفعله هو لو وجد في هذه الظروف . فان رجوع القاضي مثلا في تعيين واجبات الطبيب الى ما جرت عليه عادة الأطباء في ظروف مماثلة يكون أقرب الى الحقيقة والواقع من أن يتخيل هو طبيا عاديا أو أن يضع نفسه موضع الفاعل في تلك الظروف .

ولا غشاضة في الرجوع في ذلك الى تلك العادات ، لأنها تمثل ما يجرى عليه أوساط الناس في كل بيئة أو مهنة على حدة ، ولأن المشرع نفسه كثيرا ما جرى على تقنين هذه العادات . ومن أهم الأمثلة على ذلك تقنينه قواعد المرور وتقنينه آداب مهنة الطب .

وليس المقصود بالعادات التي يرجع اليها في ذلك تلك العادات التي وصلت الى درجة العرف الملزم فحسب ، بل كل عادة درج عليها الناس ولو لم يعتبروها ملزمة ، لأن مجرد وجود العادة يدل على أنها تمثل ما يجرى عليه عامة الناس ويجعلها بهذه الصفة صالحة للتعميل عليها باعتبارها تعبيرا عن مسلك الرجل العادي الذي اعتمدناه كمعيار لتعيين مدى الواجبات القانونية (٤٦) .

على أنه يلاحظ أنه قد توجد عادات قبيحة أو مخالفة لما تقتضى به قواعد الأخلاق أو المبادئ القانونية الأولية ، كما لو جرت عادة سائقي السيارات في بعض المناطق الجبلية على المبالغة في السرعة اعتمادا على مهارتهم ومعرفتهم التامة لتلك المناطق ، ففي هذه الحالة يتعين على

(٤٦) انظر احكام النقض الفرنسي في هذا الشأن في رسالة رابو سالفه الفكر ص ٩٤ وما بعدها ، وانظر نقض جنائي مصري ٣ مايو ١٩٤٣ المحللة ٢٦ — ١١ — ٤ وقد جاء فيه أنه « اذا استخلصت المحكمة بما اوضحتها من الادلة أن المتهم أخطأ اذ خالف ما تواضع عليه الناس أثناء المرور في الطرقات ، وذلك بأن سار بسيارته مسرعا فوق شريط الترام ، فوقع في الحادث الذي يسأل عنه ، فلا يقتل منه أن يجادل في ذلك ابله محكمة النقض » .

(٤٧) في هذا المعنى رودير نبذة ١٤٠١ ، ملزو نبذة ٩٤ و ٥١١ .

القاضي أن ينقي العادات من شوائبها قبل أن يأخذ بها لأن وظيفته لا تقتصر على تقصى العادات وتطبيقها ، بل ان له أن يأخذ منها فقط بما يراه عادلا وفي مصلحة المجتمع ، غفى المثل المتقدم لا يقيم القاضي وزنا لما جرت عليه عادة السائقين من القيادة بسرعة جنونية (٤٨) ، وكذلك اذا جرت عادة الأطباء والجراحين على أن يتصرفوا في أداء أعمالهم الفنية بطريقة مخالفة حسن البصر ، تعين على القاضي أن يطرح هذه العادة وألا يعول عليها في تعيين مسلك الرجل العادي (٤٩) .

(٤٨) قرب في هذا المعنى رابو ص ١٠٠ نبذة ٨٤ ، وانظر ريكول في المسؤولية المدنية (دروس بقسم الدكتوراه بالجامعة المصرية سنة ١٩٢٧ — ١٩٢٨) ص ٣٢ حيث يقول :

Ainsi c'est l'usage commun c'est-à-dire la conduite du technicien du spécialiste en la matière qui détermine le point de savoir s'il y a faute ou non. Un usage naît et prend, corps dans chaque matière dans chaque branche d'activité et c'est lui qui détermine d'un point de vue social le point où la faute commence et il n'y a point faute dès qu'on s'est conformé à l'usage. Il faut ajouter que le point de vue social s'il exclut le point de vue individualiste ne saurait exclure le point de vue moral. L'individu reste tenu en cas d'imprudence ou de négligence qui viendrait précisément heurter le point de vue moral ; ainsi l'habitude des conducteurs d'automobiles de se livrer à un excès de vitesse, ne saurait les exomérer des suites de leur imprudence».

وفي هذا أيضا يقول رودير في ص ٣٥ نبذة ١٤٠٣ :

«On objectera que les usages peuvent être routiniers, qu'ils ne sont pas toujours bons que les tribunaux ont donc parfois raison de s'en évader. Sans doute mais c'est le rôle naturel du droit. Le droit n'est pas la transposition de la matière sociale».

(٤٩) في هذا المعنى مازو نبذة ٥١١ .

(٢) عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين

المقدية والتقصيرية

في قضاء محكمة النقض المصرية (*)

مسألة الخيرة بين المسئوليتين المقدية والتقصيرية تفترض أن فعلا ضارا واحدا يشكل في الوقت ذاته اخلالا بالتزام عقدي وانتهاكا لواجب قانوني ، أى انه تتوافر فيه شروط كلتا المسئوليتين معا . ويتحقق ذلك مثلا في حالة الحادث الذى يصيب الراكب بفعل أمين نقل الركاب وفي حالة الضرر الذى يحدث للمريض بسبب العلاج الذى يصفه له طبيبه .

ومن المعلوم أن هاتين المسئوليتين ، رغم أنهما تتحدان في أن كلا منهما تشكل التزاما بتعويض ضرر نشأ عن اخلاص بالتزام سابق تخضعان لنظامين مختلفين يتميز كل منهما بأنه يتيح للمضروب بعض المزايا التى لا يتيحها له النظام الآخر . ففى مجال المسئولية العقدية يتمتع المضروب باعفائه من عبء اثبات الخطأ متى كان الأمر يتعلق بالاخلاق بالتزام بنتيجة ويجوز له الاحتماء بالتقادم طويل المدة وتفادى التمسك ضده بالتقادم القصير المدة في الحالات التى يكون فيها الفعل الضار جريمة جنائية تسقط الدعوى العمومية فيها بمدة أقل من مدة التقادم العام (ستة أشهر أو سنة أو عشر سنوات بحسب ما اذا كان الفعل الضار يشكل

(*) هذه ترجمة بحث نشر باللغة الفرنسية بعنوان :

La Cour de cassation égyptienne contre le cumul des responsabilités. Proche-Orient-Etudes juridiques. في مجلة :

التي تصدر في بيروت عن كلية الحقوق والعلوم السياسية عدد مايو ديسمبر ١٩٦٨ ص ٢٣٥ وما بعدها .

مخالفة أو جنحة أو جنسية) • وبالعكس من ذلك تكون للمضروب بعض المزايا في التمسك بأن مسؤولية المدعى عليه تقصيرية ، وبخاصة إذا كان لديه الدليل على خطأ المفاعل ولا يشكل أمر اثباته عبئاً بالنسبة إليه ، أو إذا كان في حالة من الحالات التي يفترض فيها خطأ المفاعل أو تفترض فيها مسؤولية هذا الأخير ، لأنه في هذه الحالات يستطيع أن يحصل على تعويض كامل يغطي ليس فقط الأضرار التي كانت متوقعة كما في نظام المسؤولية العقدية ، بل كافة الأضرار متوقعة كانت أو غير متوقعة ، فضلاً عن مزايا أخرى يخولها له نظام المسؤولية التقصيرية كاستبعاد اتفاقات رفع المسؤولية أو تضييقها في حدود معينة ، ومزية إقامة الدعوى إلى المحكمة التي وقعت في دائرتها الجريمة ، والتخلص من تقصير مدة التقادم تقصيراً منصوباً عليه في العقد كالنصوص التي تدرج عادة في عقود النقل ، ومساعدة ناقص الأهلية ، والزام المسؤولين عن الفعل الضار بالتضامن فيما بينهم ، وبالعكس من ذلك يكون من مصلحة المدعى عليه ، في دعوى المسؤولية التمسك بنظام المسؤولية العقدية لتفويت كل هذه المزايا الأخيرة على خصمه المطالب بالتعويض (١) •

لذلك نثار التساؤل عما إذا كان يجوز للمضروب - في الحالات التي تتوافر فيها في الفعل الضار شروط قيام كلتا المسؤوليتين أن يختار من بين النظامين ، والدعويين المقررة لهما ، الدعوى التي تكون أميز له ، أو إذا كان بالعكس من ذلك توجد قواعد تستبعد في كل حالة إحدى الدعويين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى المسؤولية العقدية ، وتجعل سلوك سبيل الدعوى الأخرى هو المتمعن وحده •

(١) انظر في هذه الفروق بين المسؤوليتين مستيفاني في الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، باللغة الفرنسية ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ العددان الثالث والرابع ص ٧٦ وما يليها ، فان رين Van Ryn في المسؤولية التقصيرية والمقد باريس ١٩٣٣ ص ١١ وما بعدها ، دروسنا لطلبة الحكومات في المسؤولية المدنية مع التعمق جامعة القاهرة سنة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ ، وكتابنا في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، الأحكام العامة سنة ١٩٧١ (من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية) ص ١١ وما بعدها .

هذه هي مسألة جواز أو عدم جواز الخيرة بين المسؤولين العتدية والتقصيرية (٢) التي كثر الجدل حولها في الفقه والتضاء حتى كثر فيها التحول من رأى الى آخر من جانب الفقيه الواحد أو المحكمة الواحدة وتعددت في شأنها البحوث والرسائل حتى بلغت حدا كبيرا (٣) اضطر بسببها المشرع في بعض البلاد ليحسم الخلاف بنصوص خاصة (٤) ، وأصبح من المتعين في البلاد التي لم يتدخل فيها المشرع بنص خاص ، أن يحسم هذا الخلاف برأى معين حتى تستقر الأمور في هذا الشأن .

ولا يثور هذا التساؤل بمناسبة المسؤولية عن الفعل الشخصى فحسب ، بل يثور أيضا في حالات المسؤولية عن فعل الغير وفي حالات المسؤولية عن فعل الحيوانات ، وعن فعل الأشياء الجامدة أو عن فعل المباني التي تكون في حراسة الشخص عندما يوجد بين الممرور وحارس الشيء الذى نشأ الضرر بفعله تعاقد يشمل نشاط ذلك الغير أو استعمال ذلك الشيء .

(٢) وكثيرا ما تسمى هذه المسألة مسألة الجمع أو عدم الجمع بين المسؤولين العتدية والتقصيرية . انظر فيما يتعلق بالتمييز بين الخيرة وبين الجمع بين المسؤولين مؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية المشار اليه آنفا ، وكذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ .

(٣) انظر بصفة خاصة على سبيل المثال بران Brun في صلات المسؤولية العتدية والمسؤولية التقصيرية ونطاق كل منهما مع مقدمة بقلم جوسران ، باريس ١٩٣١ ، فان رين Van Ryn في المسؤولية التقصيرية والعقود مع مقدمة بقلم مايك R. Maecq باريس ١٩٢٣ ، رودير Rodière في دراسات في ازدواج نظام المسؤولية المدنية ، جورسكالير الدورى سنة ١٩٥٠ ص ٨٦١ - ٨٦٨ ، مارتين Martine في الخيرة بين المسؤولين العتدية والتقصيرية ، جامعة Caen سنة ١٩٥٤ منشورة بباريس سنة ١٩٥٧ ، ستيغاني في الخيرة بين المسؤولين العتدية والتقصيرية ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ ، سنة ١٩٤٨ الصفحة الاولى وما بعدها ، وتقرير للمؤتمر الدولى السادس للغلقون الممارن المنعقد في بروكسل سنة ١٩٦٢ منشور في مجموعة المؤتمرات الجزء الثالث ص ١٤٩ وما بعدها .

(٤) انظر بوجه خاص المواد ١٢٩ وما بعدها من تقنين الالتزامات والعقود اللبناني وهى تبدو انما تأخذ بنظرية الخيرة ، وانظر تفسير Boyer لهذه النصوص في بحثه في الخيرة بين المسؤولين العتدية والتقصيرية سنة ١٩٦٤ .

غفى هذه الحالات الأخيرة يرتفع عن المدعى بالمسئولية التقصيرية أهم ما ينقل كاهله وهو عبء اثباته خطأ المدعى عليه وذلك بفضل نص المشرع على افتراض خطأ المدعى عليه أو افتراض مسؤوليته ، الأمر الذى يجعل للمدعى كل المصلحة فى تكليف دعواه بأنها دعوى مسئولية تقصيرية ، ولا سيما اذا روعى فى الاعتبار قضاء المحاكم الذى يجعل الارتباط بين الدعوى المدنية والدعوى العمومية من حيث تقدمها مقصورا على الدعوى المدنية المبنية على الفعل الشخصى ولا يتعداها الى الدعوى المدنية المبنية على الخطأ المفترض أو المسئولية المفترضة •

لذلك يتعين أن نبحث المسألة فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى أولا ، ثم نبحث فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى •

(أولا) - فى القانون الفرنسى :

(١) فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى :

(١) آراء الشراح :

انقسم الفقه زمنا طويلا فيما يتعلق بهذه المسألة •

استند أنصار الخيرة بين المسئوليتين الى أن قواعد المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الخروج عليها بالاتفاق على ما يخالفها ، اذ أن وجود عقد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار حتى عندما يكون الضرر ناجما عن الاخلال بالتزام ناشئ من هذا العقد لا يمكن أن يحول دون تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية ولو كان العقد يتضمن شرطا باعفاء المدين من المسئولية العقدية أو بالحد من هذه المسئولية ، لأن العقد اذ ينظم علاقات طرفيه يقتصر على ترتيب الالتزامات العقدية التى ارتضاها الطرفان ولا يستطيع أن يعفى أيا

منهما من الالتزامات التي يفرضها القانون ، ومن ثم يجوز للدائن أن يلجأ الى أحكام المسؤولية التقصيرية اذا كانت أحكام المسؤولية العقدية لا تكفل له الحماية الكاملة ولو كان قصورها عن ذلك راجعا الى تضمن العقد شرطا يعنى المدين من المسؤولية (٥) .

وقد استند هؤلاء الشراح في رأيهم الى أحكام القضاء الفرنسى القديم المتعلقة بأثر شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية حيث كانت تلك الأحكام لا تعترف لهذا الشرط بالقدرة على اعفاء المدين من مسؤوليته ، بل تعتبر أثره مقصورا على قلب عبء الاثبات فخط ، بحيث تكون نتيجةه منح المدين اعفاء مؤقتا من المسؤولية الى أن يتمكن الدائن من اثبات خطأ وقع من المدين ، واستبطنوا من ذلك أن المحاكم كانت تعتبر أن شرط الاعفاء من المسؤولية بمجرد رفعه المسؤولية العقدية عن المدين كان يكشف عن المسؤولية التقصيرية المقررة بنص متعلق بالنظام العام يوجب على المضرور — وهو الدائن بالتعويض — اثبات خطأ مدينه مرتكب الفعل الضار .

أما الراغضون للخيرة بين المسئوليتين ، فهم فريقان :

الفريق الأول يهاجم رأسا فكرة تعلق أحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام في مجموعها ، ويرى أنه اذا كان بعض الالتزامات القانونية التي يستتبع الاخلال بها المسؤولية التقصيرية تتعلق حقيقة بالنظام العام لأن الاخلال بها يدخل بالصالح العام مباشرة أى بصالح الجماعة

(٥) انظر في هذا المعنى أوبرى وروط ٥ ج ٦ ص ٢٧١ ، بلتيول في الموجز ج ٢ نبذة ٨٧٣ وما بعدها ، وتطبيق له في دالوز الدورى ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ ، بونكاس في ملحق بودرى لاكلتيزى ج ٢ القسم الثالث الفصل الرابع نبذة ٥٠١ ، وفي الفقه البلجيكي فان رين السالف ذكره في الهلش ١ ص ٩٣ وما بعدها ، وفي المجلة النقدية للقضاء البلجيكي سنة ١٩٥٧ ص ٢٩٧ الى ٣٠٩ ، وفان هيك Van Hecke في المجلة ذاتها سنة ١٩٦٠ ص ٢١٥ وما بعدها .

بأسرها ، فان الأمر ليس كذلك بالنسبة اليها جميعا ، اذ أن كثيرا منها لا يمس الاخلال بها سوى صوالح فردية ، ومن ثم فان الأفراد يجوز لهم — باتفاقات يعقدونها — أن يعفوا بعضهم بعضا من المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالالتزامات القانونية التي من هذا النوع الأخير ، وبالتالي يكون اتفاق المتعاقدين على ترتيب العلاقات بينهم بشكل معين منطويا على شرط ضمنى باستبعاد المسؤولية التقصيرية ، على الأقل تلك المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالتزام قانوني من الالتزامات التي لا تتعلق بالنظام العام (٦) ، ويقصر هذا الفريق من الشراح الالتزامات القانونية التي تتعلق بالنظام العام على الالتزامات القانونية بضمان سلامة الأشخاص وعلى الالتزامات القانونية الأخرى المعاقب عليها قانونا . أما ما عدا ذلك من التزامات قانونية فانه لا يتعلق بالنظام العام ، ويجوز للمتعاقدين استبعادها والاتفاق على ما يخالفها ، وحينئذ يلتزم العاقدان بالعقد شريعة المتعاقدين ويخضعان لأحكامه فقط بما فيها أحكام المسؤولية العقدية .

أما الفريق الآخر من الرافضين للخيرة بين المسئولتين فلا يرى داعيا لمهاجمة فكرة تعلق الالتزامات القانونية وأحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام ويكتفون بالقول بأن هذه الأحكام حتى مع التسليم بتعلقها بالنظام العام لا توجه الخطاب الى المتعاقدين ، بل الى غير المتعاقدين فحسب ، بدليل أن المشرع وضع نظاما خاصا لمسؤولية المتعاقدين ، ومن ثم فان أحكام المسؤولية التقصيرية انما هي أحكام احتياطية يتوقف سريانها على عدم وجود عقد ينظم العلاقة بين المورور ومرتكب الفعل الضار ، فيتعين لذلك في كل حالة يوجد فيها عقد أن نحدد اطار هذا العقد ونطاق المسؤولية العقدية في هذا الاطار بقطع النظر عن تعلق أحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام أو عدم تعلقها به لأن هذه

(٦) انظر في هذا المعنى بوابيه ، في الخيرة بين المسئولتين العقدية والتقصيرية المشار اليه آنفا .

الأحكام لا مجال لسريانها في نطاق العقد . فإذا توافرت شروط المسؤولية العقدية كانت أحكام هذه المسؤولية هي وحدها الواجبة التطبيق وامتنع بالتالي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية (٧) .

وقد رجحت في الفقه حجج هذا الفريق الأخير (٨) ، وأيدها كثير من أحكام القضاء ، ولم يبق في صف معارضتها — حسب قول لالو — سوى الفقيه العلامة جوسران ، وهو ينقل عن هذا الأخير قوله : « ان نص المادة ١٣٨٢ مدني يتسم بأكبر قدر من صفة العموم ، وينفذ حتى الى دائرة العقد حيث انه يحكم حتى بعض الأخطاء التي تقع في تكوين العقد أو في تنفيذه ، ومن ثم يجب أن نرى فيه دستور الحياة في المجتمع (٨ مكرر) » ، ويعقب لالو على ذلك قائلا : ولكن الاجماع يكاد أن يكون منعقدا على هجر نظرية الخيرة ، ثم يقول : « وعندي أن هذا الرأي معقول ، لأنه اذا كانت المسؤولية في بعض العقود مخففة بسبب خدمة أداها أحد الطرفين الى الآخر أو بسبب تفاوت أداءات الطرفين ، فلا يجوز أن يسمح لأحدهما أن يزيد مسؤولية الآخر لمجرد تمكنه من اثبات خطأ هذا الأخير » (٩) .

على أنه يجدر التنويه بأن عبارات جوسران السالف إيرادها لا

-
- (٧) انظر عرضا مفصلا للآراء المختلفة في هذا الموضوع في رسالة مارتين الغنية سلفه الاشارة اليها في الهامش ٣ (ص ٤٨ وما بعدها) .
(٨) انظر بوجه خاص لاييه تطبيق في سيري ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ ،
بلايتبول تعليق في دالوز السدوري ١٩٠٨ — ٢ — ٩٧ ، فيرون Ferron
تعليق في سيري ١٩١١ — ٢٠ — ٢٣٣ ، سالي في النظرية العامة للعامة للالتزام نبذة
٣٣٢ ، ديوج ج ٥ نبذة ١٢٤٤ ، كولان وكابيتان ط ١٠ ج ٢ نبذة ٢١٧
ص ٢٨٩ ، بيرسون ودي غيليه في شرح المسؤولية المدنية بروكسل ١٩٢٥
ج ١ نبذة ٢٧ ، مازو في المسؤولية المدنية ج ١ نبذة ١٩٢ وما بعدها ، رودير
في المسؤولية المدنية ص ٣٠٨ نبذة ١٦٩٠ ، مارتين في الخيرة بين المسئولين
باريس ١٩٥٧ ص ٦٧ ، لالو في المسؤولية المدنية ط ٦ سنة ١٩٦٢ ص ٤١٧
نبذة ٦٢٧ ، بران في الرجوع السالف فكره .
(٨ مكرر) جوسران في روح الحقوق ونسبيتها نبذة ٢٤٠ .
(٩) لالو في الموضع المشار اليه آنفا .

تمثل رأيه النهائي ، حيث انه قد ارتد هو عنه في كتاباته اللاحقة سواء في شرحه للقانون المدني (ج ٢ نبذة ٤٨٤ وما بعدها) أو في شرحه لمعقد النقل (الطبعة الثانية سنة ١٩٢٦ نبذة ٦٢٨) حيث يقول : « وفي رأبي ان القول بأن شرط عدم الضمان يستبعد المسؤولية التقصيرية قول غير دقيق ، لأن هذه المسؤولية تستبعد أصلا بمجرد ابرام العقد ، عقد النقل ، ولأن تعايش نظامي المسؤولية التقصيرية والتعاقدية فيما يتعلق بالاخلال بالالتزام واحد ، غير مقبول عقلا ، فالمسؤولية العقدية تطرد المسؤولية التقصيرية وتحل محلها ، فطالما أن شخصا كأمين النقل مثلا يلتزم بمقتضى عقد النقل بالالتزام بالامتناع عن اتلاف الأشياء المعهود اليها بنقلها أو عن التسبب في ضياعها فإنه ينحصر عنه في هذا الصدد حكم المسؤولية التقصيرية . والمواد ١٣٨٢ مدني وما بعدها انما تشكل دستور الحياة في المجتمع بالنسبة الى العلاقات غير العقدية ، فقد وضعت هذه النصوص لتطبيقها على غير المتعاقدين فيما بينهم ، لا على الأشخاص الذين تربطهم علاقة تعاقدية ، على الأقل فيما يتعلق بعلاقات هؤلاء التي تولى العقد تنظيمها » .

لذلك لا يصح القول بأن العلامة جوسران قد خرج وحده عن اجماع الفقه الفرنسي الذي انعقد على عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية (١٠) .

(٢) موقف القضاء :

أبدى القضاء الفرنسي أول الأمر كثيرا من التردد في شأن جواز الخيرة وعدمه : فصدرت أحكام عديدة في كل من الاتجاهين المتعارضين ، بل ان محكمة النقض ذاتها لم تسلم من هذا التردد قبل أن تستقر نهائيا

(١٠) يقول ستارك ص ٤٣١ من رسالته :

La théorie de l'option n'a presque pas de défenseur aujourd'hui.

على الرأى القائل بعدم الخيرة بين المسئوليتين • ونعرض فيما يلى بعض الأحكام الهامة التى تبين مراحل تطور القضاء فى هذا الشأن •

فى حكم صادر بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩١١ قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بعدم اختصاص المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الضار التى رفعت اليها الدعوى بالتطبيق لقواعد المسئولية التقصيرية لأن الضرر كان ناشئاً من اخلال بالتزام عقدى ولأن العقد كان يخول الاختصاص الى محكمة معينة غير المحكمة التى وقع فى دائرتها ذلك الاخلال (١١) •

وفى حكم آخر بتاريخ ١١ يناير ١٩٢٢ قضت برغض مساعلة المدين عن خطئه اليسر جدا pour faute très légère لأن هذه المسئولية لا تقوم الا على أساس المادة ١٣٨٢ وما بعدها ، ولأن هذه النصوص لم تكن تنطبق على الدعوى المطروحة اذ أن الخطأ الذى كان التعويض مطلوباً عنه كان اخلالاً بالتزام عقدى (١٢) •

وبتاريخ ٦ أبريل ١٩٢٧ قضت برغض التضامن بين مدينين أخلوا بالتزاماتهم العقدية لعدم وجود نص فى العقد على الزامهم بالتضامن وقررت أن التضامن بين مرتكبي الفعل الضار لا مجال لتطبيقه فى الحالات المطروحة ، وجاء فى احدى حيثياتها قولها : وحيث أن قاعدة ان كل خطأ سبب للغير ضرراً يوجب مسئولية فاعله لا تسرى الا فى حالات الجرائم

= انه لم يعد فى الوقت الحاضر مناصر لنظرية الخيرة بين المسئوليتين ص ٤٣١ . انظر مع ذلك سلفتيه فى المسئولية المدنية ج ١ نبذة ١٤٨ وما بعدها ، جوبريل Joubrel فى مسئولية الاطباء ، رسالة دكتوراه من جامعة رين Rennes سنة ١٩٣٩ ، فان رين المشار اليه اتفنا ص ١٥٢ •

(١١) نقض مئى ٢١ نوفمبر ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٤٩ وسيرى ١٩١٢ - ١ - ٧٣ . وفى هذا المعنى ايضا نقض مئى ١٤ يناير ١٩١٨ دالوز ١٩١٩ - ١ - ٦٨ ، وسيرى ١٩٢٠ - ١ - ٧٥ •
(١٢) نقض مئى ١١ يناير ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٤ - ١ - ١٠٥ ، دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٦ •

المدنية (الجench وأشباه الجench) وان هذه القاعدة غير واجبة التطبيق في الحالة المطروحة لأن الضرر فيها كان نتيجة خطأ في تنفيذ التزام ناشئ من عقد (١٣) .

وقد تواترت بعد ذلك في هذا المعنى عدة أحكام من الدائرة المدنية ذاتها (١٤) .

غير أن الخلاف الذي وجد في الفقه أول الأمر كان له صدى في أحكام دائرة العرائض ، فقد أقرت هذه الأخيرة جواز الخيرة وأصدرت عدة أحكام بتطبيق بعض قواعد المسؤولية التقصيرية في قضايا طرحت عليها بشأن علاقات فيما بين المتعاقدين (١٥) ، إلا أنها عدلت عن ذلك واعتنقت منذ سنة ١٩٣٦ قضاء الدائرة المدنية برفض الخيرة بين المسؤولين (١٦) .

-
- (١٣) نقض مدني ٦ ابريل ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١١١ ، سري ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١ مع تعليق من هنري مازو .
- (١٤) نقض مدني ٢٤ يولييه ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ — ٥٢٣ ، نقض مدني ٢٢ يولييه ١٩٣١ دالوز الاسبوعي ١٩٣١ — ٥٠٦ ، نقض مدني ٢٢ مايو ١٩٣٣ دالوز الاسبوعي ١٩٣٣ — ٣٩٥ ، سري ١٩٣٣ — ١ — ٢٦٣ ، نقض مدني ٩ يناير ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ — ١ — ٤٩ ، نقض مدني ٦ مارس ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ — ٢١٧ ، نقض مدني ٦ مايو ١٩٤٦ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٦ — ٣٠٩ ، نقض مدني ١٠ يونيو ١٩٤٩ غازيت القضاء ١٩٤٩ — ٢ — ٣٥٢ ، نقض مدني ٧ يناير ١٩٥٥ مجموعة محكمة النقض ١٩٥٥ — ٢ — ٥ ، نقض مدني ٣٠ اكتوبر ١٩٦٢ دالوز ١٩٦٢ — ٥٧ وتعليق اسمان جيرويكلاس ١٩٦٢ — ٢ — ١٩٢٤ وتعليق سافاتييه .
- (١٥) انظر بوجه خاص في هذا المعنى عرائض ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، عرائض ٢٥ فبراير ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ — ٢١١ ، عرائض أول مارس ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٦ مايو ١٩٣٣ ، وقد سابرت عدة محاكم استئنافية دائرة العرائض في ذلك ، انظر الجزائر ٩ يناير ١٩٢٤ غازيت القضاء ١٩٢٤ — ١ — ٥٨٧ ، باريس ٥ فبراير ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ١ — ٦٣١ ، باريس ٥ فبراير ١٩٤٦ الاسبوع القانوني ١٩٤٦ — ٢ — ٣١٨٦ وتعليق كومت .
- (١٦) انظر بوجه خاص في هذا المعنى نقض عرائض ٩ مارس ١٩٣٦ دالوز الاسبوعي ١٩٣٦ — ٢٢٣ ، ٨ مارس ١٩٣٧ سري ١٩٣٧ — ١ — ٢٤١ ، دالوز ١٩٣٨ — ١ — ٧٦ ، ١٥ يونيو ١٩٣٧ غازيت المحاكم ٢٨ =

وكذلك غفلت الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض وقد جاء في حكم لها بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٤٩ ما يلي : « حيث انه يبين من نص المواد ١٣٨٢ مدني وما بعدها أن هذه النصوص لا شأن لها بالعلاقات فيما بين العاقدين ولا تسرى على الاخلال بالالتزام الناشئ من العقد ، اذ لا يجوز التناضى عن العقد في تقدير المسؤولية في الحالة المطروحة (١٧) » .

وبذلك تم حسم الخلاف في القانون الفرنسي حول مبدأ عدم الخيرة ، فأصبح الاجماع يكاد أن يكون منعقدا في الفقه وفي القضاء على رفض نظرية الخيرة من حيث المبدأ (١٨) .

نقول « من حيث المبدأ » لأن الفقه والقضاء بعد أن اتفقا على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين ، راحا يوردان بعض الاستثناءات على هذا المبدأ ، وهذه الاستثناءات لا تزال محل خلاف نعرض له فيما يلي :

(٢) الاستثناءات :

هناك استثناء واحد على الأقل مسلم من الجميع وهو في حالة الخطأ العقدي الذي يشكل في الوقت ذاته جريمة جنائية عمدية ، ففي هذه الحالة يكاد يكون الاجماع منعقدا على أنه يجوز للمضور عند مطالبته

= أكتوبر ١٩٣٧ ، ٢٨ يونيو ١٩٣٨ دالوز الاسبوعي ١٩٣٨ - ٥٦٢ ، ١١ نوفمبر ١٩٤٢ غازيت القضاء ١٩٤٣ - ١ - ٤٢٠ ، ٦ مارس ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ - ١ - ٢١٧ .

(١٧) نقض (اجتماعي) ١٠ يونيو ١٩٤٩ غازيت القضاء ١٩٤٩ - ٢ -

٣٥٢ .

(١٨) وقد صدرت بعض أحكام من محاكم الاستئناف ومن المحاكم الابتدائية قبلت مطالبة الدائن مدينه بتعويض عن الاخلال بالتزامه العقدي على اساس المسؤولية التقصيرية ، ويلاحظ أن بعض هذه الأحكام تتفق مع اعتبارها استثناء من مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين . أما البعض الآخر فيعارض صراحة مع هذا المبدأ . انظر هذه الأحكام في رسالة مارتن في الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية باريس ١٩٥٧ ص ٦٢ وما بعدها .

الفاعل بالتعويض أن يستند الى أحكام المسؤولية التقصيرية (١٩) .

فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة جنائية غير عمدية ، فإن بعض الشراح يتحفظون في ذلك (٢٠) ولكن الكثرة الغالبة لا تفرق في هذا الشأن ، وترى انه سواء كان الخطأ العقدي يشكل جريمة مدنية أو يشكل فقط شبه جريمة مدنية ، فلا يمكن حرمان المضرور من الادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية . ولما كان أساس دعواه المدنية هو الجريمة المدنية ، فإنه يجوز له أن يتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية سواء أمام المحاكم الجنائية أو أمام المحاكم المدنية (٢١) .

وبما أنه مسلم عند الغالبية العظمى من الشراح بأن حالة الجريمة الجنائية غير العمدية مستثناة من مبدأ عدم الخيرة بين المسؤوليتين ، فيجب أن يكون الأمر كذلك من باب أولى في حالتى الجنحة المدنية والغش الذى يقع من المدين ، لأنهما يعتبران جنحة عمدية ولو أنها ليست جنائية ، لأن وقوع الغش من جانب المدين يدل على أنه قصد خرق العقد ، وهذا يكفى لحرمانه من التمسك بالحماية التى كان يمكن أن يسبغها عليه العقد ، فيسلم هؤلاء الشراح بأنه يجوز مسائلة المدين في هذه الحالة طبقاً

(١٩) انظر بوجه خاص لابيه تعليق في سبى ١٨٨٦ — ١ — ١ ، ديولومب ج ٣١ نبذة ٤٧٨ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٤٦٣ ، لارومبير ج ٧ تحت المادة ١٢٨٢ نبذة ٩ ، أوبرو ورو ط ٥ نبذة ٤٦ ، جوسران تعليق في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠١ ، بران في نطاق كل من المسؤوليتين العقديتين والتقصيرية نبذة ٢٠٥ وما بعدها ، وقارن عكس ذلك ملازو ج ١ نبذة ٢٠٢ ، مارتين ص ١٥٧ ، رودير نبذة ١٦٨٨ ، ديران في شروط الاعفاء من المسؤولية ص ٣٩٨ ، بوايه في مؤلفه السابق الإشارة اليه ص ٥ ، نقض جنائى ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ — ١٤ ، ٢٢ أبريل ١٩٥٠ جوريسكلاسر ١٩٥٠ — ٢ — ٥٦٩ .

(٢٠) ملازو وتونك ج ١ نبذة ٢٠٤ ، ديوج تعليق في سبى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٦ ، هنرى وليون ملازو في المجلة الفصلية للقانون المعنى ١٩٤٧ ص ١٩١ .

(٢١) لالو ط ٦ نبذة ٦٢٣ ، بران نبذة ٢١٢ ، نقض عرائض ٢٧ يولي ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ ، نقض جنائى ١٢ ديسمبر ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٧ — ٩٤ — استئناف اكس ١٢ يناير ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ — ٣٢٨ .

لقواعد المسؤولية التقصيرية اذا وجد الدائن مصلحة له في ذلك (٢٢) .

ويسوى بفش المدين خطؤه الجسيم طبقا للنظرية التقليدية التي تسوى بين هذين النوعين من الخطأ (٢٣) . ولأن عددا كبيرا من الشراح يعتبرون أن المهنيين لا يسألون في أعمال مهنتهم الا عن خطئهم الجسيم ، فهم يصلون الى حد اجازة الخيرة بين المسئوليتين في محاسبة المهنيين عن أخطائهم في أعمال مهنتهم (٢٤) .

(ب) فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة ، سواء المسئولية عن فعل الغير أو المسئولية عن فعل الأشياء :

ان حالات المسؤولية المفترضة ، سواء عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء ، تتميز بأن الضرر شيها يكون معفى من عبء اثبات خطأ الشخص الذي يعتبره القانون مسئولا عن فعل غيره أو عن فعل الأشياء التي تكون في حراسته وذلك يمحو الفرق من حيث عبء الاثبات بين

(٢٢) جوسران في تعليق في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، وفي كتابه البواعث في التصرفات القانونية نبذة ١٧١ وما بعدها ، ريبير في القاعده الخلقية نبذة ١٥٧ وما بعدها ، فوازينيه في الخطأ الجسيم في القانون الفرنسى الخاص ، رسالة من جامعة ديجون سنة ١٩٣٤ ص ٢٣٥ وما بعدها . وقارن عكس ذلك لآبيه في تعليق في سيري ١٨٨٦ — ١ — ٦ ، مازو ج ١ نبذة ٢٠٥ و ٢٠٦ ، مارتين ص ٤٤٢ ، ونقض عرائض ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، استئناف باريس ١٦ ديسمبر ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ — ٨٠ . (٢٣) راجع في هذه النظرية والتعديلات التي أدخلت عليها مازو ج ١ نبذة ٦٧٥ / ٢ وقارن مارتين ص ١٤٨ .

انظر في جواز الخيرة في حالة الخطأ الجسيم كما في حالة الفش بران نبذة ٢٢٢ .

وانظر عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٦ / ٢ ، فوازينيه ص ٢٤٠ ، مارتين ص ١٥٢ ، وبأبيه ص ٦ .

(٢٤) بران نبذات ٢٤٤ و ٢٤٥ و ٢٥٠ ، رينيه مارتان في الخطأ المهني وبخاصة في المهن الحرة ، رسالة من جامعة ليون سنة ١٩٣٤ ص ١٦٥ وما بعدها ، سافاتييه J. Savatier في المهنة الحرة رسالة من جامعة بواتييه سنة ١٩٤٧ ص ٣٢١ وما بعدها ، نقض عرائض ٢٦ مايو ١٩٣٢ سيري ١٩٣٢ — ١ — ٣٨٧ ، وانظر عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٦ / ٢ ، وبواتييه ص ٦ .

المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وذلك على الأقل في حالة الاخلال بالتزام عقدي بنتيجة • ولكن تظل قائمة الفروق الأخرى بين نوعي المسؤولية المدنية ، ومن ثم تظل الحاجة الى معرفة ما اذا كانت مسؤولية أحد العاقدين ازاء العاقد الآخر عن الضرر الناشئ من الاخلال بالتزامه العقدي راجعا الى فعل شخص ليس أجنبيا عنه أو الى فعل شيء كان في حراسته تعتبر مسؤولية عقدية بحتة أو مسؤولية تقصيرية بحتة وما اذا كانت تجيز للمضور الذي يطالب بالتعويض الخيرة بين المسئولتين أو لا تجيز له ذلك • الأصل أن الجواب هنا يجب أن يكون مثل ما رأيناه فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي لنفس الأسباب وعلى أساس الحجج ذاتها ، أعنى رفض الخيرة وتحديد نطاق كل من المسئولتين العقدية والتقصيرية تحديدا قانونيا ملزما • فتكون المسؤولية عقدية كلما وجد بين المضور ومرتكب الفعل الضار عقد صحيح ، وكان الضرر نتيجة الاخلال بالتزام ناشئ من هذا العقد ، سواء كان الاخلال راجعا الى الفعل الشخصي للمدين أو الى فعل شخصي ممن يسأل هو عن أفعاله أو الى فعل شيء في حراسته • فاذا تخلف أى من هذه الشروط ، كانت المسؤولية تقصيرية تخضع لأحكام المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها ، دون الأحكام المتعلقة بالعقد •

غفى مجال المسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية الآباء والأمهات وأرباب الحرف والمتبوعين) يذهب الرأى الراجح الى أن أحكام المادة ١٣٨٤ المتعلقة بمسؤولية هؤلاء ينحصر مجالها في غير العلاقات التعاقدية ، فلا تسمى فيما بين المتعاقدين • فمثلا اذا أودعت آتية طرف شخص ، فانكسرت بخطأ ولده القاصر المقيم معه أو بخطأ تابعه الذى وقع منه في أثناء أو بسبب تأدية وظيفته ، فلا تطبق على مسؤولية الوديع أحكام المادة ١٣٨٤ ، بل أحكام عقد الوديعة (٢٥) •

(٢٥) رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ، القاهرة سنة ١٩٢٦
النسخة الفرنسية ص ٤٢٨ وما بعدها ، Bezzola في مسؤولية المدين

وفيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الحيوان يذكر ديموج أن محكمة النقض أجازت تطبيق أحكام المادة ١٣٨٥ في العلاقات فيما بين العاقلين (٢٦) ويشير الى حكمين قضت فيهما محكمة النقض بتطبيق أحكام المادة ١٣٨٥ مدنى القاضية بالزام حارس الحيوان بتعويض الأضرار التي تحدث للغير بفعل الحيوان الخاضع لحراسته ، فقضت بتطبيق هذه الأحكام في العلاقة بين مالك الحيوان والأشخاص التابعين له والمكلفين من قبله بالعناية بالحيوان أو بقيادته (٢٧) .

وقد تكفل لالو بادحاض هذا الرأي (٢٨) ، فبعد أن أورد أحكاماً أخرى قضت بخلافه (٢٩) انتهى الى أن حكم المادة ١٣٨٥ يجب كقاعدة عامة استبعاد تطبيقه في العلاقات العقدية ، فهو يقرر أنه في هذا النوع الأخير من العلاقات يتعين الاعتداد بقواعد المسئولية العقدية وهي — فيما عدا حالات الغش والخطأ الجسيم — تقضى باستبعاد تطبيق المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها المتعلقة بالمسئولية العقدية ، ويستطرد فيقول ان هذه الملاحظة لها أهميتها ليس بالنسبة للفرق من حيث عبء الاثبات فحسب (نظرا لأن نص المادة ١٣٨٥ ينشئ مسئولية مفترضة مثل التي تقع على عاتق المدين التعاقدى ، على الأقل عندما يكون التزامه

بمسبب الضرر الذى يسببه معاونوه في تنفيذ التزامه ، جنيف سنة ١٩٢٧ ص ١٤٥ وما بعدها ، بيكيه في المسئولية العقدية عن فعل الغير ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩١٤ ص ٢٥١ وما بعدها ، ديموج تعليق في سبرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ ، مازو وتونك ج ١ نبذة ١٧٩ ، سلفاتييه ج ١ نبذة ١٥٩ ، لالو نبذة ١١٠٣ .

(٢٦) ديموج تعليق في سبرى ١٩٢٤ — ١٥٠ . ١ .

(٢٧) نقض (عرائض) ٢ يولييه ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٤٣١ ، (مدني) ٢٨ نوفمبر ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٥٣ .

(٢٨) لالو تعليق على حكم استئناف باريس ١٠ فبراير ١٩٣٧ في دالوز ١٩٣٧ — ٢ — ٧ ، وعلى حكم استئناف باريس ٢٢ أكتوبر ١٩٤١ في دالوز النقدي ١٩٤٢ P. ٢٠ .

(٢٩) استئناف ليون ٢١ أكتوبر ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ٥١ وتعليق لالو ، باريس ٢٥ مارس ١٩٥٤ الاسبوع القانونى ١٩٥٤ — ٢ — ٨٠٩٤ .

العقدى التزاما بنتيجة) ، بل أيضا بالنسبة الى مسائل الاختصاص القضائي ، والى مدى المسؤولية من حيث شمول الأضرار غير المتوقعة . والى دفع مسؤولية المدين حيث يجوز للمدين غير أن يثبت السبب الأجنبي دفع مسؤوليته باثبات أنه بذل في وغاء التزامه عناية رب الأسرة (٣٠) .

وفيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء الجامدة ، فإن الاضافة التى أدخلها على نص المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى قانون ٧ نوفمبر ١٩٢٢ قد نصت على قصر تطبيقها فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن الحريق على المسؤولية فيما بين غير المتعاقدين ولذلك فإن الشراح — بما فيهم من لا يزالون يناصرون جواز الخيرة بين المسئولين فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصى — يسلّمون بأن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى لا ينطبق على العلاقات العقدية طالما أنه قد روعى في العقد احتمال وقوع الضرر بفعل الشيء (٣١) .

وتطبيقا لهذا المبدأ جرى قضاء المحاكم بأن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى لا شأن له بحوادث النقل المأجور التى تقع للركاب فى أثناء النقل ، لأن هؤلاء ليسوا من الغير بالنسبة الى أمين النقل بل هم مرتبطون معه بعقد النقل (٣٢) ، ولا بالأضرار التى تصيب المرضى الذين يعالجهم طبيب الأشعة بفعل الآلات التى يستخدمها هذا الأخير فى علاجهم (٣٣) ولا حوادث المصاعد التى تصيب مستأجرى المبنى بفعل

(٣٠) لالو فى المسؤولية المدنية نبذة ١١٣٤ و ١١٣٥ .

(٣١) سلفاتيه فى المسؤولية المدنية ج ١ نبذة ١٥٦ وما بعدها ، لالو نبذة ١٢٧٨ وما بعدها ، ملزو ج ٢ نبذة ١٤٠٦ وما بعدها ، مارتين ص ٧٠ وما بعدها .

(٣٢) نقض (عرائض) ١١ نوفمبر ١٩٤٢ غازيت القضاء ١٩١٢ — ١

— ٤٢ —

(٣٣) استئناف رين ٥ ديسمبر ١٩٣٥ غازيت القضاء ٦ فبراير ١٩٣٦ ، نقض (عرائض) ١٥ يونيو ١٩٣٧ غازيت المحاكم ٢٨ أكتوبر ١٩٣٧ ، نقض =

المصعد المد لاستعمالهم (٣٤) •

فيمكن القول بأن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على ذلك (٣٨) ، وان كانت توجد بعض أحكام صادرة من محاكم الموضوع بخلاف هذا الرأي (٣٩) •

والأمر كذلك أيضا بالنسبة لتطبيق المادة ١٣٨٦ مدني الخاصة بمسئولية مالك البناء عن الأضرار التي تحدث بسبب تهدمه •

وقد أثبتت المسألة عملا في العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ، فحقت المحاكم باستمرار باستبعاد تطبيق المادة ١٣٨٦ في علاقات المؤجر بالمستأجر باعتبار أن أحكام المسئولية العقدية هي وحدها الواجبة التطبيق في شأن الأضرار التي تحدث للمستأجر بسبب تهدم البناء المؤجر اليه (٣٧) تأسيسا على أن عقد الايجار ينشئ في ذمة المؤجر ، ما لم

= مدني ٢٧ مايو ١٩٤٠ غازيت المحاكم ١٦ نوفمبر ١٩٤٠ دالوز التقدي ١٩٤١
— ١ — ٥٣ وتعليق ناست •

(٣٤) استئناف بواتيه ٥ ديسمبر ١٩٣٣ دالوز الاسبوعي ١٩٣٤ — ٦١ ، استئناف باريس ٢٧ مايو ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ ٧٠٧ ويمكن مد هذا الحكم حتى الى الغير الذين يستخدمون المصعد باعتبار أن المستأجر عندما تعاقد مع المالك المؤجر قد اشترط ذلك لصلحة الغير وأن المالك بناء على ذلك ملزم بالتزام بضمان السلامة ازاء المستأجر وايضا ازاء الغير ، الذين لهم صلة بالمستأجر (انظر في هذا المعنى ماجان Magin في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٠ — ٢٩) ، وقرب في هذا المعنى نقض مدني ٦ مايو ١٩٤٦ الاسبوع القنونى ١٩٤٦ — ٢ — ٢٢٣٦ تعليق رودير •

(٣٥) نقض مدني ٩ يناير و ٤ مارس ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ ٧٠ ٢٤٥ وتعليق سلفاتيه •

(٣٦) السين الابتدائية ٢٣ يناير ١٩٠٣ دالوز الدورى ١٩٠٤ — ١ — ٢٥٧ ، استئناف نيم Nimes ٤ يونيو ١٩٣٤ دالوز الاسبوعي ١٩٣٤ — ٥٤٨ •

(٣٧) استئناف باريس ١٧ يونيو ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ سري ١٩٠٥ — ٢ — ٣٠١ ، استئناف بواتيه ٥ ديسمبر ١٩٣٣ دالوز الاسبوعي ١٩٣٤ — ٦١ ، استئناف ليون ٥ فبراير ١٩٥١ جويسكلاسير ١٩٥١ — ٢ — ٦٥٧٩ دالوز ١٩٥١ — ٥١٨ ، استئناف باريس ٦ مارس =

يتفق على عكس ذلك ، التزاما بضمان سلامة المستأجر وأفراد أسرته وأموالهم (٣٨) ، وبناء على ذلك قضت بأنه يجوز للمستأجر مطالبة المالك بتعويض الأضرار الناشئة من القصور في صيانة المبنى بشرط أن يكون قد أعذره قانونا لاجراء أعمال الصيانة اللازمة طبقا لأحكام المسؤولية العقدية (٣٩) ، ويكون الأمر كذلك حتى بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشخاص المقيمين مع المستأجر أو الذين حضروا لزيارته (٤٠) ، إذ أن المستأجر يعتبر أنه اشترط على المؤجر التزام السلامة هذا ليس بالنسبة لنفسه فحسب بل بالنسبة لهؤلاء الأشخاص أيضا .

كذلك استبعد تطبيق المادة ١٣٨٦ مدنى في حالة تهدم البناء المعار ، وطبقت في هذه الحالة المادة ١٨٩١ النى تقصر مسؤولية المعير عن الأضرار الناشئة من عيب الشيء المعار على حالة علم المعير بهذا العيب وعدم تبصيره المستعير به (٤١) .

يخلص من ذلك أن الراجع في الفقه والقضاء الفرنسيين أن المواد ١٣٨٢ وما بعدها يستبعد تطبيقها كلما كان بين المضرور والمسئول عن

= ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ — ٢٩٤ ، نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٧ — ٢ — ٩٧ ، (عرائض) أول أبريل ١٩٤١ سرى ١٩٤١ — ١ — ١١٢ ، وانظر في هذا المعنى ديولوب ج ٣١ نبذة ٦٥٩ ، لارومبيير المادة ١٣٨٦ نبذة ٢٣ ، نوران ج ٢٠ نبذة ٦٤١ و ٦٤٤ ، اوبرى ورو ط ٥ ج ٦ نبذة ٤٤٨ ص ٤٣٢ والهالمش ١٤ ، بوردى لاكلنتيزى وبارد في الالتزامات ج ٤ ، لالو ط ٦ نبذة ١١٥١ ، مارتين ص ٧٩ وما بعدها ، مازو ج ٢ نبذة ١٠٤٦ و ١٠٤٧ ، بران ص ٣١٤ وما بعدها والاحكام التى اشار اليها ، فوزييه — هرمان في التعليق على القانون المدنى ج ٤ ط ٤ سنة ١٩٢٨ ص ٨٠٦ .

(٣٨) مازو ج ٢ نبذة ١٠٤٧ .

(٣٩) استئناف نيم Nimes ٢ يولييه ١٩٢٩ الاسبوع القانونى ١٩٢٩

ص ١٢١٦ ، لالو ط ٦ نبذة ٦٣٠ .

(٤٠) محكمة ملير Mamers الابتدائية ١٥ مارس ١٩٣٢ المجلة

الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٢ ص ٧٩٠ ، لالو ط ٦ نبذة ٦٣٠ ص ٤١٩ ونبذة

١١٥٢ ص ٦٥٧ .

(٤١) نقض (عرائض) أول أبريل ١٩٤١ سرى ١٩٤١ — ١ — ١١٢ ،

المجلة الفصلية ١٩٤١ ص ٦٠٩ .

الفعل الضار عقد وكان الضرر نتيجة الاخلال بالتزام ناشئ عن هذا العقد ، ويصدق ذلك سواء فيما يتعلق بحكم المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ أو فيما يتعلق بالمادة ١٣٨٤ وما يليها ، مع التحفظ فيما يتعلق بالاستثناءات التي تقدمت الإشارة إليها والتي مازال الخلاف قائما بشأنها .

(ثانيا) - في القانون المصري :

(١) في ظل التقنينات الملغاة من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٩٤٩ :

بعد أن عرض نظرية عدم الخيرة في دروسه في المسؤولية المدنية ، أبدى والتون انحيازه الى نظرية الخيرة بين المسئولتين ، سواء فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي ، أو فيما يتعلق بالمسؤولية عن تهمم البناء (٤٢) .

ويروى جرانمولان أن المحاكم المصرية أقامت مسؤولية المؤجر عن الأضرار التي أصابت المستأجر في شخصه أو في أمواله في أغلب الأحوال على أساس أحكام الجench وأشباه الجench بالرغم من وجود العلاقة العقدية بين المؤجر والمستأجر ، وأقامتها أحيانا على أساس الخطأ

(٤٢) والتون في دروسه في المسؤولية المدنية حيث يقول في ص ٢٧ ان الخطأ يتمثل في جميع الأحوال في الاخلال بواجب سابق ، فإذا كان ذلك الواجب ناشئا من عقد فلا يتحقق وجود الخطأ الا من طريق خرق ذلك العقد breach of contract غير انه اذا وجد الى جانب العقد واجب يقع على أحد طرفي العقد نحو الطرف الآخر ، فإن قيام العقد لن يحول دون مساهلة الطرف الأول عما يحدثه من ضرر بسبب الاخلال بذلك الواجب ما لم يكن ذلك مشروط في العقد ذاته ويمكن هذا الشرط ذاته صحيحا ، ثم يستطرد بتطبيق ذلك على الضرر الذي يصيب مستأجر البناء بسبب عيب البناء ، واستنادا الى خلو القانون المصري من نص مقابل لنص المادة ١٧٢١/٢ مكنى فرنسي الذي يقضى بان المؤجر يسأل عن الضرر الذي يصيب مستأجر البناء بسبب العيب المؤجرة يخلص الى أن المؤجر في مثل هذه الحالة لا تكون مسئوليته في القانون المصري الا مسؤولية تقصيرية (ص ٢٨) ، ثم يعرض بعد ذلك نظرية عدم الخيرة بين المسئولتين وينتهي الى تبنيها مستندا في ذلك الى بعض آراء الفقه وأحكام المحاكم الفرنسية التي تؤيده (ص ٢٩) .

العقدى ، وأحيانا أخرى على أساس الخطئين العقدى والتقصيرى
مجتمعين (٤٣) .

وكذلك قرر ريكول فى دروسه بقسم الدكتوراه فى الجامعة المصرية
عن المسئولية المدنية أنه توجد مسئولية يمكن أن نسميها أنها هى الأصل
responsabilité de droit commun يخضع لها جميع الناس ويجوز
للاتفاقات الخاصة تعديلها ولكنها لا تستطيع استبعادها أو هدمها كلية ،
نلك هى المسئولية التقصيرية التى تعتبر احدى أسس النظام
الاجتماعى (٤٤) .

وقد اكتفى الأستاذ السهنورى فى الموجز فى الالتزامات المنشور فى
سنة ١٩٣٨ بوضع المسألة كالاتى : هل للمضور الخير بين المسئولتين
بحيث يجوز له أن يختار من بينهما أيهما تكون أصلح له ؟ أم أن أحكام
المسئولية التقصيرية تصبح غير جائزة التطبيق وتحل محلها أحكام
المسئولية العقدية طالما يوجد عقد بين الطرفين يعين مسئولية كل منهما ؟

وبعد وضع السؤال على هذا النحو اكتفى معرض الجدل الفقهي
الدائر حوله دون تمحيص حجج كل من الفريقين ، وختم عرضه بقوله :
يؤيد بعض الشراح الرأى الثانى ، ولكن الرأى الأول هو الراجح (٤٥) ،

(٤٣) جرانبولان فى العقود فى القانون المصرى نبذة ٣٦٢ .

(٤٤) ريكول ، فى دروسه بقسم الدكتوراه فى المسئولية المدنية ، جامعة
القاهرة ١٩٢٨ / ١٩٢٩ ص ١٧١ .

(٤٥) السهنورى ، فى الموجز فى الالتزامات القاهرة ١٩٣٨ نبذة ٣٠١
ص ٣١٨ ، ويذكر سياسته من انصار نظرية الخيرة بين المسئولتين التى
يعتبرها أنها النظرية الراجحة فى الفقه بلانيول فى تعليق له فى دالوز ١٩٠٧ —
٢ ، اوبرى ورو ط ٥ ص ٤٦٦ هابش ٧ ، مصطفى مرمى فى
المسئولية المدنية ، القاهرة ١٩٣٦ ص ٢٥ وبعض أحكام قديمة للقضاء
الفرنسى ولل قضاء المصرى ، ويشير فى المعنى العكسى الى جوسران ج ٢
ص ٤٨٢ وإلى حكي محكمة النقض الفرنسية الصادرين فى ٢١ نوفمبر ١٩١١
وفى ١١ يناير ١٩٢٢ الإثف ذكرهما فى هذا البحث .

وبين من ذلك أنه تحاشى أن يبدى رأيا شخصيا في المسألة ، ويبدو أن ذلك راجع الى أن نطاق كتابه الوجيز لم يكن يتيح له أن يبحث المسألة بحثا شخصيا متعمقا .

وبالعكس من ذلك عمد الأستاذ مصطفى مرعى في مؤلفه في المسؤولية المدنية الى عرض كلتا النظريتين عرضا مفصلا والى تحليل حجمهما ثم انتهى بأن انحاز شخصيا الى نظرية الخيرة بين المسؤوليتين واستند في ذلك الى عدد من أهم أحكام المحاكم المصرية (٤٦) .

غير أنه يلاحظ أن الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى يمكن تصنيفها الى ثلاث طوائف : أولاها تشمل الأحكام التى اعتبرت مسؤولية المؤجر عن الأضرار التى أصابت المستأجر في شخصه أو في ماله بسبب خطأ المؤجر أو تقصيره في اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة مسؤولية تقصيرية تقوم في القانون المصرى على أساس المادة ١٥١ مدنى أهلى والمادة ٢١٢ مدنى مختلط ، وهى مسؤولية لا يجوز استبعادها أو احلال المسؤولية العقدية محلها ، نظرا لأن أحكام القانون المدنى المصرى التى تنظم عقد الايجار لا تفرض على المؤجر واجب اجراء أى مreme فى العين المؤجرة (٤٧) .

والطائفة الثانية من الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى تشمل أحكاما قررت أن الشرط الوارد فى عقد الايجار باعفاء المؤجر من مسؤوليته لا يكفى لرفع المسؤولية عن هذا الأخير بالنسبة للأضرار التى ترجع الى خطأ ثبت وقوعه منه (٤٨) .

(٤٦) مصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٢ وما بعدها
نبذة ٢٧ .

(٤٧) انظر فى هذا المعنى استئناف الاسكندرية الخططة ٢٠ فبراير ١٩٠٢ مجلة البيلتان B.L. ١٤ ص ١٥٤ ، ٢٤ أكتوبر ١٩٠٤ المجلة ذاتها ١٦ ص ١٣٢ ، ٥ يونيه ١٩٢٣ المجلة ذاتها ٣٥ ص ٤٨٥ .
(٤٨) استئناف مختلط ١٠ يناير ١٩٢٤ البيلتان ٣٦ ص ١٤٠ ، ٦ مايو ١٩٢٦ البيلتان ٣٨ ص ٣٩٦ ، أول أبريل ١٨٩١ البيلتان ٣ ص ٢٧١ .

أما الطائفة الثالثة ، فتشمل أحكاما صدرت بشأن مسؤولية مصلحة السكك الحديدية فيما يتعلق بنشاطها في نقل البضائع ، وقد قررت هذه الأحكام أن المادتين ٢٥ و ٢٦ من لائحة مصلحة سكك الحديد المصرية اللتين تضعان حدا لمسؤولية المصلحة عن فقد البضائع المعهود اليها نقلها لا تنطبقان في حالة فقد تلك البضائع بسبب سرقتها سواء حصلت السرقة بفعل أحد من مستخدميها أو بفعل الغير ، لأن واقعة السرقة في كلا الفرضين المذكورين تدل على أن المصلحة لم تبذل في السهر على البضائع المسلمة اليها لنقلها العناية الكافية ، وأن هذا التقصير يجعلها مسئولة عن فقد البضائع تطبيقا لحكم المادة ١٥١ مدنى أهلى والمادة ٢١٢ مدنى مختلط .

ومن الواضح أن الطائفة الأولى من الأحكام التى ساقها الأستاذ مصطفى مرعى تأييدا لرأيه ، لا تصلح دليلا على أخذ المحاكم بنظرية الخيرة ، لأن القضايا التى صدرت فيها لم تكن تتوافر فيها شروط المسؤولية العقدية ، نظرا لأن القانون المدنى السارى وقتذاك كان يعفى المؤجر صراحة من كل التزام عقدي بإجراء أية مرمة في العين المؤجرة ، فلم يكن ثمة مجال لتطبيق غير المسؤولية التقصيرية ، وبالتالي لم يكن ثمة محل للخيرة بين المسئوليتين .

والطائفة الثانية من تلك الأحكام كانت متأثرة بما جرى عليه القضاء في ظل التقنين المدنى اللغى بشأن أثر اتفاقات الاعفاء من المسؤولية المدنية ، حيث كان القضاء يجعل هذا الأثر مقصورا على قلب عبء الإثبات ، فكان مؤدى هذا القضاء أن الشرط الوارد في عقد الإيجار

(٤٩) استئناف مخطط ١٥ مايو ١٩٢٠ البيلتان ٢٢ من ٣٢٠ ، ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ البيلتان ٣٣ من ٩٨ ، ٨ ديسمبر ١٩٢١ البيلتان ٣٧ من ٤٣٤ ، استئناف القاهرة ٢٥ يولييه ١٩٢٢ المحاماه ٢ - ٤٨٠ ، ١٠ فبراير ١٩١٠ المجموعة الرسمية للمحكم الوطنية ٢ من ٢٤٥ ، القاهرة الوطنية الابتدائية (بهيئة استئنافية) ٢ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٣ .

باعفاء المؤجر من المسؤولية لا يمنح المستأجر من مساعلة المؤجر بشرط قيامه بأثبات خطأ هذا الأخير .

ويمكن أن يقال مثل ذلك تماما بالنسبة الى الطائفة الثالثة من الأحكام التي استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى فى تأييد رأيه نظرا لأن الأحكام كانت تنسوى بين اتفاقات الحد من المسؤولية العقدية واتفاقات الاعفاء منها : فتجيز مساعلة المدين فى كل منهما مساعلة كاملة متى نهض الدائن بعبء اثباته خطأ المدين .

ويجب أن نبادر الى التنبيه منذ الآن الى أن التقنين المدنى الحالى المعمول به منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ قد عدل الأسس التى قامت عليها جميع هذه الأحكام بطوائفها الثلاث . فمن جهة نصت المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى الحالى على التزام المؤجر التزاما عقديا بصيانة العين المؤجرة وصار نصها يسمح باعتبار التقصير فى الصيانة اخلالا بالتزام عقدى يوجب المسؤولية العقدية ، خلافا لما كان عليه الأمر فى التقنين الملغى ، ومن جهة أخرى فإن المادة ٢١٧ فقرة ثانية من التقنين الحالى التى أجازت صراحة اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية لم تقتصر على الأثر المحدود الذى كانت ترتبه أحكام المحاكم على هذه الاتفاقات بل جعلت لها قوة اعفاء المدين اعفاء تاما من مسؤوليته ، ففقت على الحجة الرئيسية التى كان أنصار الخيرة بين المسئوليتين قد أقاموا عليها رأيهم .

و فضلا عن ذلك فإن قضاء المحاكم الصادر فى ظل التقنين الملغى لم يخل من بعض أحكام أخذت بعدم الخيرة بين المسئوليتين ، وقد أشار الأستاذ مصطفى مرعى نفسه الى اثنين منها (٥٠) ؛ ثم عرض لمسؤولية مالك البناء ازاء مستأجره فى حالة تهدم البناء ، وأبرز الفرق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى فيما يتعلق بالالتزام بصيانة البناء ورتب

على أن المؤجر في القانون المصري ليس ملزماً بإجراء أى مرمة ، أن مسؤوليته عن تدهم البناء لا يمكن أن تكون الا مسئولية تقصيرية (٥١) ، أى أن مسألة الخيرة بين المسئولتين لا محل لها في هذا المجال بأى حال .

وحتى قبيل اصدار التقنين المدنى الحالى انتصر الأستاذ حسين عامر لنظرية الخيرة بين المسئولتين (٥٢) ، ولو أنه — كما سيجىء فيما يلى — قد عدل عن ذلك في ظل التقنين الحالى (٥٣) .

أما أحكام المحاكم في ظل التقنينين الملغين ، غالباً بدى أنها أخذت بنظرية الخيرة ، حيث نجدها فيها بالإضافة الى الأحكام التى ذكرها الأستاذ مصطفى مرعى والتي صنفناها في ثلاث طوائف ، أحكاماً أخرى بعضها على الأقل يأخذ صراحة بنظرية الخيرة (٥٤) . في حين أن البعض الآخر وإن كان يمكن حمله على هذا المعنى فإنه يمكن أيضاً حمله على أنه لم تكن في وثائق الدعاوى التى صدر فيها ما يقتضى تحديد نوع المسئولية (٥٥) . ففيما عدا حكمين يمكن عدهما ضمن هذه الطائفة

-
- (٥١) مصطفى مرعى ص ٢٧٦ وما بعدها .
(٥٢) حسين عامر ، في القوة الملزمة للعقد ، القاهرة ١٩٤٩ نبذة ٢٦٤ و ٢٦٥ ص ٢٤٢ و ٢٤٣ .
(٥٣) حسين عامر ، في المسئولية المدنية ، القاهرة ١٩٥٦ نبذة ١٦١ ص ١٣٧ .
(٥٤) انظر على سبيل المثال استئناف الاسكندرية الوطنية ٥ نبرابر ١٩٥٠ . (في قضية كان يسرى عليها التقنين الملغى) المحاماه ٣٠ - ٥٠١ -
٢٧٦ ، مع تطبيق منا في مجلة التشريع والقضاء (القاهرة) س ٢ ص ٢٧٧ رقم ١١٠ .
(٥٥) القاهرة الابتدائية ٢ يناير ١٩٥٠ المحاماه ٣١ - ٨٠٠ - ٢٤٤ ، ٢ يونيه ١٩٥٢ في الدعوى رقم ١٦٧٨ لسنة ٥١ ق والحكم الصادر في استئنافها من استئناف القاهرة ٢١ مايو ١٩٥٧ في قضية كان يسرى عليها التقنين الملغى منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الاولى العدد ٤ ص ١٩٦ ، ولنا تطبيق عليه في المجلة المذكورة السنة الثالثة العدد الثاني ص ١١١ وما بعدها ، انظر أيضاً الاحكام التى ستأتى الاشارة اليها بشأن المسئولية عن فعل الحيوان وأيضاً نقض مدنى (مصرى) ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لتبويب أحكام محكمة النقض المدنية ٦ - ٢٤١ - ٥١ .

الأخيرة (٥٦) ، يمكن القول أن مصكمة النقض لم تعرض لها فرصة الفصل صراحة في مسألة الخيرة أو عدمها قبل بدء العمل بالتقنين المدني الحالي .

أما أحكام محاكم الموضوع ، فإنها يمكن القول بأنها فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء لم تكن ثابتة ، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة بشأن مسؤولية المربي عن الضرر الذي أحدثه أحد تلاميذه بتلميذ آخر أنها مسؤولية عقدية ولكنها أجازت للمربي أن يدفع المسؤولية عنه باقامة الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه أو على أن القيام بالرقابة اليقظة لم يكن يحول دون وقوع الفعل الضار (٥٧) ، أى كما لو كانت المسؤولية تقصيرية ، وقضت أحكام أخرى بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الحيوان (المسادة ١٥٣ مدنى أهلى) على الضرر الذى أحدثه حيوان العامل المكلف من قبل مالك الحيوان بقيادته

(٥٦) نقض مدنى أول يناير ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ — ٩٠ — ٧٩ وفى هذا الطعن كان الطاعن قد نعى على الحكم المطعون فيه أنه لم يحدد نوع المسؤولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، فى حين أنها لو كانت عقدية ، لم يكن يجوز أجابة المدعى الى طلب التعويض لأن دعواه لم يسبقها اعذار المدين ، فقضت محكمة النقض برفض الطعن لكونه غير منتج ، وذلك لأن موضوع الدعوى كان الإخلال بالتزام بالامتناع عن عمل ، ولأنه إذا كان الاعذار غير ضرورى فى حالة المسؤولية التقصيرية ، فأنه غير ضرورى أيضا فى حالة المسؤولية العقدية المترتبة على الإخلال بالتزام بالامتناع .

وأيضا نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٥٠ مجموعة المكاتب الفنى المثار اليها أننا ٢ — ٢٧٠ — ٥٢ وكان موضوع هذه القضية تعويض الضرر الذى أصاب مستأجر سفينة بسبب فرق هذه الأخيرة ، وكانت دعواه قد رفضت من محكمة الموضوع ، فطعن فى الحكم بالنقض ونعى عليه أنه التفت عن بحث مسؤولية مؤجر السفينة عن فعل تابعه (قبطان السفينة) المكلف بصيانة السفينة وبإخطار (صاحبها) المؤجر عن كل ما قد يهدد السفينة وبستلزم ترميمها لتفادى غرقها ، وقد قضت محكمة النقض أيضا برفض الطعن لكونه غير منتج حيث أن الحكم المطعون فيه قد أثبت على عاتق المستأجر خطأ يتحمل فى أنه بعد أن شعر بالخطر الذى يهدد السفينة بالغرق أغفل اتخاذ ما فى وسعه من تدابير لتفادى الغرق أو لإخطار مالك السفينة بذلك ، وهو خطأ من شأنه أن يدفع عن مالك السفينة مسؤوليته العقدية ، وكذلك مسؤوليته التقصيرية عن فعل تابعه .

(٥٧) استئناف القاهرة ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٢ وتعليق لنا فى القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ وما بعدها .

وصيانتته والعناية به (٥٨) بالرغم من قيام عقد عمل بين هذا العامل ومالك الحيوان من شأنه أن ينشئ في ذمة ذلك المالك التزاما بضمانه سلامة العامل ، وقضت أحكام أخرى بمثل ذلك فيما يتعلق بالأضرار التي تصيب مستأجرى المبنى بسبب تدهمه (٥٩) .

وكان من رأيي مع بعض الزملاء — في ظل التقنينين الملغين عدم الخيرة بين المسئوليتين لنفس الأسباب التي تقدم أن الفقه الفرنسي أقام عليها هذا الرأي (٦٠) .

وقد رأينا أن تقنيننا المدني القائم قد مهد السبيل للأخذ بهذا الرأي ، وسنبين فيما يلي الطريق الذي سلكه في هذا الشأن كل من الفقه والقضاء المصريين في ظل التقنين القائم .

(٥٨) استئناف القاهرة ٣ ديسمبر ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ — ٢٧ — ٢٠ ، ١٥ مايو ١٩٢٩ المحلّاه ٩ — ١.٨٠ — ١٨٥ ، ١٧ يونيو ١٩٣١ المحلّاه ١٢ — ٥٢٩ — ٢٦١ ، استئناف أسبوط ١٥ أبريل ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ — ٨٠ — ٤٤ ، القاهرة الابتدائية ٢ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ — ٧٩ — ٤٨ ، انظر أيضا نقض مدني ١٤ فبراير ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لتبويب أحكام النقض المدني ٣ — ٥٠٢ — ٨٥ ، (وقد طبق المادة ١٥٣ مدني قديم لتعويض الضرر الشخصي الذي أصاب وارث عامل قتل بفعل الحيوان ، فألزم حارس الحيوان بهذا التعويض) ، قارن الأحكام الفرنسية التي أشار إليها ديموج وما وجهه إليها لالو من نقد (راجع الهامش ٢٨ فيما تقدم) .

(٥٩) انظر الأحكام التي أشار إليها مصطفى مرعي ص ٢٢ وما بعدها ، ويضاف إليها استئناف مختلط ٥ يونيو ١٩٢٣ البيلتان ٣٥ ص ٨٥ ، ١٠ يناير ١٩٢٤ البيلتان ٣٦ ص ١٤٠ .

(٦٠) انظر مؤلفنا في الفعل الضار مسنة ١٩٤٨ ص ١٧ وبهجت بدوي في القانون والاقتصاد ص ٢ ص ١٤٠ هامش ١ ، استيفاقى (جاستون) في الخيرة بين المسئوليتين مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٧٢ وما بعدها ويوجه خاص ص ١٢٩ .

(ب) في ظل التقنين المدني القائم :

(١) فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي :

آراء الشراح :

كان الأستاذ السنهوري أول من قرر في ظل التقنين المدني القائم في كتابه الوسيط أنه يغير رأيه وينتقل من صف مؤيدى الخيرة بين المسئوليتين الى صف معارضيه (٦١) ، فهو بعد أن عرض وجهى الرأى انحاز الى جانب رفض دعوى الدائن الذى يطالب بتعويض الضرر الذى أصابه من اخلال بالتزام عقدى على أساس المسؤولية التقصيرية . أما الأسباب التى استند اليها فى ذلك فهى أسباب كان يمكن الاستناد اليها حتى فى ظل التقنين الملغى وهى أسباب تمت فى الغالب الى الحالات التى لا تثور فيها مسألة الخيرة اطلاقا ، لانعدام أى التزام قانونى يمكن أن يرد عليه الاخلال بمجرد عدم تنفيذ التزام عقدى (٦٢) ، وقد تحاشى الأستاذ السنهوري الادلاء برأى صريح فيما يتعلق بالاستثناءات التى سلم بها الفقه الفرنسى خروجاً على قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين ، تلك الاستثناءات الخاصة بالحالات التى يكون فيها الاخلال بالتزام عقدى فى الوقت ذاته جريمة جنائية أو غشاً أو خطأ جسيماً .

(٦١) السنهوري فى الوسيط ج ١ ط ١ سنة ١٩٥٢ ص ٧٦١ ، ط ٢ سنة ١٩٦٤ ص ٨٦٠ الى ص ٨٦٢ .

(٦٢) وفى هذا يقول بنص الحرف الواحد : ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، فى هذه المسألة الهامة ، فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له الادعى المسؤولية العقدية ، ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذاته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقر به ، لم يكن مسئولاً عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لما يبرم ، ولا مسؤولية تقصيرية اذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فلماذا أبرم العقد ، قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تقترب عليها الا المسؤولية العقدية ، وليس للدائن أن يلجأ الى المسؤولية التقصيرية ، اذ هى تقتضى أن المدين قد اخل بالتزام فرضه القانون والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد .

ولكنه يذكر حالة تجوز فيها الخيرة بين المسئولين ، ولأنه لا يرى فيها تطبيقاً للقاعدة العامة فإنها ليس لها مبرر غير اعتبارها استثناء من مبدأ عدم الخيرة مقصوراً على حالة غش المدين ، وخطئه الجسيم . تلك هي حالة أمين نقل البضائع الذي يسرق شيئاً من البضائع المعهود اليه نقلها (٦٣) .

وهيما بعد عند اصداره كتابه الوجيز الجديد في سنة ١٩٦٦ عرض الأستاذ السنهاوري الخلاف الدائر حول الاستثناءات المذكورة في اغاضة ، ويبدو أنه انتهى الى رفض هذه الاستثناءات ، أى الى رفض نظرية الخيرة رفضاً باتاً في جميع الأحوال (٦٤) ، الأمر الذي يؤدي الى رفض

(٦٢) ويقول الأستاذ السنهاوري في المرجع السابق ذاته عقب ما نقلناه عنه في الهامش السابق :

« وبيتين من ذلك أن الخيرة لا تكون الا في التزام فرضه القانون والعقد معا ، فأمين النقل اذا سرق البضاعة التي ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدي الناشئ من عقد العمل ، فتتحقق مسئوليته العقدية ، ويكون في الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانوني الذي يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل . فتتحقق مسئوليته التقصيرية ، وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين . ولعله يريد أن يقول أن مسألة الخيرة بين المسئولين لا تنثور الا اذا كان الفعل الضار يشكل في الوقت ذاته اخلالاً بالتزام قانوني واخلاقاً بالتزام عقدي وأن الخيرة تكون جائزة عندما يشكل الاخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية أو يكون نتيجة غش من المدين .

(٦٤) وهو يقول في ذلك بنص الحرف الواحد :

« ومن الفقهاء من يستفتي حالة ما يكون الاخلال بالالتزام التقصيدي جريمة جنائية أو يكون راجعاً الى غش المدين ، فيكون للدائن في هذه الحالة أن يختار بين المسئوليتين ، ويطلبون على ذلك بأن المدين اذا ارتكب جريمة جنائية أو جريمة مدنية (الغش) ، فإنه يكون بذاك قد خرق نطاق العلاقة العقدية وعاد الى حظيرة العلاقات التي ينظمها القانون دون ارادة الأفراد ، فيكون جزء عدم وفائه بالتزامه التقصيدي تحقق مسئوليته العقدية ، وجزء ما ارتكبه من غش في الاخلال بهذا الالتزام تحقق مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يكون للدائن الخيار بين المسئوليتين (سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٢٤ و ٢٥ ، وانظر قريباً من هذا الرأي الوسيط للمؤلف ج ١ فقرة ٥١٥) . وبذهب فقهاء آخرون - ويبعد عنهم على صواب فيما يذهبون اليه - الى أنه حتى في حالة الجريمة الجنائية أو الغش ، ما دنا بصدد الاخلال بالتزام تعاقدي لا يجوز الالتجاء الى المسئولية التقصيرية ، اذ المسئولية العقدية في هذه الحالة تكفي ، فهي تعوض حتى عن الضرر فيسر المتوعد ، ويكون شرط الاعفاء منها باطلاً ، وهاتان هما الميزتان الجوهريتان =

الخيرة حتى في المثل الذي سبق أن قال بها فيه وهو حالة سرقة أمين النقل
البضائع التي عهد اليه بنقلها .

وكذلك الأستاذ حسين عامر هو أيضا قد هجر في كتاب المسؤولية
المدنية (سنة ١٩٥٦) الرأي الذي سبق أن قال به في كتاب القوة الملزمة
للعقد (سنة ١٩٤٩) ، وأصبح يعتقد مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين
مع التسليم بالاستثناء منه في حالة الخطأ الجنائي والغش (٦٥) .

وكذلك الأستاذ أبو ستيت ، فقد انضم في الطبعة الثانية من كتابه
في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ الى نظرية عدم الخيرة ، فهو قد اعتنق
حجج جوسران وردد عباراته ذاتها بقوله : ان المسؤولية العقدية تطرد
المسؤولية التقصيرية . وهو يرى أن هذا المبدأ مطلق ولا يحتمل استثناء .
فالمسؤولية فيما بين المتعاقدين لا يمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية ، ولو
كان الاخلال بالترام المدين يشكل خطأ جنائيا أو كان راجعا الى غش
منه ، فأمين نقل البضائع الذي يختلس بنفسه البضائع المعهود اليه نقلها
لا تجوز مساءلته مدنيا الا من طريق دعوى المسؤولية العقدية (٦٦) .

ويتفق سائر الشراح الذين كتبوا في هذا الموضوع منذ بدء العمل
بالقانون المدني الحالي على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين ولكنهم

= اللتان للمسؤولية التقصيرية ، ثبتنا هنا للمسؤولية العقدية أيضا ، فلا جدوى
من الانتقال الى المسؤولية التقصيرية . واذا بقيت مبرور أخرى بين
المسئوليتين ، كالتضامن ، فهذه لا تبرر اتحام المسؤولية التقصيرية في منطقة
المسؤولية العقدية (السنهاوري في الوجيز ج ١ سنة ١٩٦٦ ص ٣٠٠
هابش ٢) .

(٦٥) حسين عامر في المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦١ فيما
يتعلق بالمبدأ ونبذة ١٦٥ فيما يتعلق بالاستثناءات .

(٦٦) أبو ستيت (حشمت) مصادر الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٣٩٢ .
(٦٧) أنظر كامل مرسى في الالتزامات ج ٢ سنة ١٩٥٥ ص ٤٢ نبذة
١٦ ، أتور سلطان في الالتزامات ج ١ نبذة ٤٠٨ ص ٣٩٩ الى ٤٠١ ، حجازى
في مصادر الالتزامات غير العقدية سنة ١٩٥٨ ص ٢١ نبذة ٦٣٦ ، الصده في
مصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ ص ٤٤٥ ، لبيب شنب في المسؤولية الناشئة =

ينقسمون فيما يتعلق بالاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ • فالبعض يلزم الصمت فيما يتعلق بهذه الاستثناءات (٦٨)، والبعض الآخر يعتقد المبدأ بصفة مطلقة ولا يسلمون بأى استثناء منه (٦٩) • ونكاد نكون وحدنا - مع الأستاذ حسين عامر - الذين نسلم بجواز الخيرة بصفة استثنائية في حالتى الخطأ الجنائى والعش مع قياس الخطأ الجسيم على العش (٧٠) • وقد كنا أول من قال بذلك حتى في ظل التقنينين الملغين في الطبعة الأولى من كتابنا في الفعل الضار سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ص ١٧ •

وسنرى فيما يلي أن هذا الرأي الأخير هو الذى رجح في القضاء واعتمدته محكمة النقض صراحة في أحدث أحكامها •

(ب) موقف القضاء :

في حكم حديث نسبيا قضت محكمة النقض بتاريخ ٣١ مايو ١٩٥٦ فيما يتعلق بمسئولية ناقل البضائع أن أمين النقل يخضع للمسئولية العقدية بسبب فقد البضائع الموهود اليه نقلها وأنه تبعاً لذلك لا تقبل

= عن الاشياء رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ نبذة ١٧٧ ، انظر ايضا مؤلفاتنا الاتية : الفعل الضار ط ١ سنة ١٩٤٨ ص ١٧ نبذة ١٤ ، ط ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٢٤ نبذة ١٦ ، في مصادر الالتزامات ج ١ سنة ١٩٥٧ ص ٤٨٥ ، نبذة ٣٧١ ، موجز الالتزامات سنة ١٩٦٢ ص ٣٣٥ ، دروس لطلبة الدكتوراه في اركان المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ٣٧ نبذة ٥٠ .

(٦٨) انور سلطان ، في مصادر الالتزامات نبذة ٤٠٨ ص ٣٩٩ الى ص ٤٠١ ، حجازى في مصادر الالتزامات غير العقدية نبذة ٦٣٦ ص ٢١ ، لبيب شنب في المسئولية الناشئة عن الاشياء سنة ١٩٥٧ نبذة ١٧٧ .

(٦٩) كامل مرسى ، في الالتزامات ج ٢ ص ٤٢ نبذة ١٦ ، أبو ستيت (حشمت) في مصادر الالتزامات نبذة ١٩ ص ٣٩٢ ، الصده في مصادر الالتزامات ص ٤٤٥ •

(٧٠) حسين عامر ، في المسئولية المدنية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦٥ ، مؤلفنا في الفعل الضار ط ١ سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ص ١٧ ، ط ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٢٤ نبذة ١٦ ، دروس لطلبة الدكتوراه في اركان المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ نبذة ٥٠ ص ٣٧ ، في مصادر الالتزامات سنة ١٩٥٧ نبذة ٣٧١ ص ٤٨٥ ، موجز الالتزامات سنة ١٩٦٤ نبذة ٣٣٥ ص ٣٠٢ •

الدعوى قبله الا اذا رفعت في الميعاد المنصوص عليه في المادة ١٠٤ من قانون التجارة (وهو ١٨٠ يوما بالنسبة الى النقل داخل مصر وسنة بالنسبة الى النقل الى الخارج) وان الدعوى التي ترفع بعد هذا الميعاد لا تكون مقبولة الا اذا أثبت المدعى أن عقد البضاعة المشحونة راجع الى غش من أمين النقل أو من أحد تابعيه أو الى خيانة أمانة من جانب أحدهم ، اذ تصبح المسؤولية حينئذ ليست عقدية ، بل تقصيرية تقوم على أساس خطأ المدعى عليه (٧١) .

وردت محكمة النقض هذا المبدأ ذاته وما يرد عليه من استثناء بعد ذلك ببضع سنوات في حالة مشابهة تمام الشبه للحالة السابقة . فقالت في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ أن مسؤولية أمين نقل البضائع هي في الأصل مسؤولية عقدية تتقادم بانقضاء الأجل المنصوص عليه في المادة ١٠٤ من قانون التجارة ، ولكن اذا ارتكب أمين النقل غشا أو خيانة أمانة ، تقوم مسؤوليته التقصيرية عن عمله غير المشروع ولا تتقادم الا طبقا للأحكام المتعلقة بتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية (٧٢) .

(٧١) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٥٦ المحللة ٢٧ — ٦٧٨ — ٢٢٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنى ٧ — ٦٤٢ — ٨٨ وقد جاء فيه أن مسؤولية أمين النقل مسؤولية تعاقدية . فاذا لم يتم بتسليم البضاعة الى المرسل اليه ، كان مسئولاً عن نتيجة اخلائه بالتزامه ، ولا يدرا عنه هذه المسؤولية الا أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع الى سبب تهرى لا يد له فيه ، وانها ذلك مشروط بأن ترفع على أمين النقل دعوى المسؤولية في غضون المدة التي حددها قانون التجارة في المادة ١٠٤ . واذا رفعت دعوى المسؤولية على أمين النقل بعد المدة المحددة في المادة ١٠٤ من قانون التجارة وتمسك أمين النقل بالتقادم القصير الذي تقرره هذه المادة ، فعلى المرسل اذا أراد أن يتفادى الحكم بسقوط حقه بهذا التقادم أن يقيم هو الدليل على أن ضياع البضاعة كان مرجعه غشا أو خيانة وقمت من جانب أمين النقل أو عماله ، اذ أن مسؤولية أمين النقل في هذه الحالة ليست مسؤولية تعاقدية بل مسؤولية خطئية قوامها خطأ المدعى عليه .

(٧٢) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة المكتب الفنى لتبويب احكام النقض ١٦ — ١١٦٠ — ١٨٢ وقد جاء فيه : « ان مفاد المادة ١٠٤ من قانون التجارة خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة من عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما) . أما اذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة ، فان الدعوى تستند في هذه الحالة =

وأصدرت محكمة النقض في العام ذاته حكماً آخر في شأن مسؤولية أمين نقل البضائع أيضاً أكدت فيه المبدأ ذاته وأشارت الى الاستثناء منه ولو أن وقائع الدعوى لم يكن فيها ما يدعو الى هذه الإشارة الأخيرة ، إذ قالت فيه بنص الحرف الواحد أنه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفاً ذا شأن في سند الشحن ، فان العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقلة) يحكمها سند الشحن وحده . وهذا السند هو الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التي رسمها ذلك السند . وهي حدود لا تترتب عليها الا المسؤولية العقدية . وليس للطاعنة أن تلجأ الى المسؤولية التقصيرية إذ أساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون . والالتزام في خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراح المطعون ضدها لفعل يجرمه القانون (٧٣) .

هذه الأحكام تسمح لنا بأن نؤكد بأن قضاةنا قد استقر أخيراً — فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي — على مبدأ عدم الخيرة بين المسئولتين فيما عدا حالة الغش والخطأ الجنائي .

وسنرى فيما يلي أن الأمر كذلك أيضاً فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير وبالمسؤولية الناشئة عن الأشياء .

= الى الفعل الضار ويكون أساسها المسؤولية التقصيرية وتتقدم وفقاً للقواعد الواردة بشأن هذه المسؤولية .

(٧٢) نقض محني ٢٥ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ٢٢ . ٢٥ وقد جاء فيه أنه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفاً ذا شأن في سند الشحن ، فان العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقلة) يحكمها سند الشحن وحده . وهذا السند هو الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التي رسمها ذلك السند ، وهي حدود لا تترتب عليها الا المسؤولية العقدية ، وليس للطاعنة أن تلجأ الى المسؤولية التقصيرية إذ أساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون ، والالتزام في خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراح المطعون ضدها لفعل يجرمه القانون .

(٢) فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فعل الغير أو عن فعل
الأشياء :

(١) آراء الشراح :

في ظل التقنين القائم انعقد اجماع الفقه على رفض نظرية الخيرة
بين المسئوليتين ، سواء في مجال المسئولية عن الفعل الشخصي أو في
مجال المسئولية عن فعل الغير الذين يكونون في رعاية الشخص أو عن
فعل الأشياء التي تكون في حراسته • فمادام يوجد عقد بين المضرور
ومرتكب الفعل الضار ومادامت شروط المسئولية العقدية متوافرة ، فإن
المضرور لا يجوز له من حيث المبدأ أن يتمسك بالمواد ١٧٣ وما بعدها
من التقنين المدني القائم •

ففيما يتعلق بمسئولية المرء عن أفعال الأشخاص الموجودين في
رعايته يقرر الأستاذ السهوري أن مسئولية المعلم عن الفعل الضار
الذي يصيب أحد تلامذته بسبب فعل تلميذ آخر تكون مسئولية عقدية
عن فعل الغير • وقد أبرزنا نحن ذلك فيما مضى بمناسبة حكم لحكمة
استئناف القاهرة صادر في ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ (الماطاة ٢٠ — ١١٦٦ —
٤٩٣) ، واستنبطنا منه — خلافا لما ورد في الحكم المشار اليه — أن
المعلم لم يكن يجوز له أن يدفع مسئوليته عن فعل الغير بمجرد اقامته
الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه ، وإنما كان يلزمه في ذلك أن يثبت أن
الحادث راجع الى سبب أجنبي عنه لا يد له فيه (٧٥) •

وكذلك الأمر فيما يتعلق بمسئولية المرء عن الأضرار الناشئة بفعل

(٧٤) السهوري في الوسيط ج ٢ ط ٢ سنة ١٩٦٤ ص ١١٣٣ في
العلمش •
(٧٥) تعليق لنا في القانون والاقتصاد ص ١٣ سنة ١٩٤٣ ص ٢٤٤ الى
٣٤٦ •

الأشياء التي تتكون في حراسته ، حيوانات كانت أم مباني أم أشياء أخرى غير حية (٧٦) .

(ب) موقف القضاء :

منذ اصدار التقنين القائم ، لم يثر أمام محاكمنا أمر المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء الا نادرا ، فقد عثرنا على حالة واحدة جديرة بالاهتمام قضت فيها محكمة النقض بتاريخ ١٦ أبريل ١٩٦٨ بنقض حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في ١٠ مارس ١٩٦٤ في الاستئناف رقم ٥٩٥ سنة ٧٩ ق ، الذي كان قد أيد حكما صدر من محكمة القاهرة الابتدائية في الدعاوى أرقام ١٧٥٠ و ١٧٥١ و ١٧٥٢ و ١٧٥٣ سنة ١٩٥٨ مدنى كلى القاهرة ، وهي دعاوى تعويض أقيمت من مستأجرى مبنى ضد مالكة بسبب الأضرار التي أصابتهم بسبب تدهم ذلك المبنى جزئيا ، وكان المدعون فيها قد أسسوا دعاوهم على أساس المادة ١٧٧/١ مدنى التي تنص على المسؤولية المفترضة لحارس البناء عما ينشأ من أضرار بسبب تدهمه . وقد دفع المدعى عليه هذه الدعاوى استنادا الى وجود تعلقات بينه وبين المدعين تجعل دعاوهم غير مقبولة على أساس المسؤولية التقصيرية ، بما فيها المسؤولية المقررة بنص المادة ١٧٧/١

(٧٦) انظر فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان ، السنهورى في الوسيط ج ١ ط ٢ نبذة ٧٠٤ ص ١٢٠١ ، حجازى في مصادر الالتزامات غير العقدية سنة ١٩٥٨ نبذة ٨١٢ .
وانظر فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل المباني السنهورى في الوسيط المرجع السابق نبذة ٧٢٢ ص ١٢١٩ ، ابوسفيت المرجع السابق نبذة ٥٤٧ ص ٥٠٢ ، أنور سلطان نبذة ٥٦٠ ص ٥٢٥ ، الصده ص ٥٧٢ ، حجازى نبذة ٨٣٦ و ٨٣٧ ص ١٨٣ ، ومؤلفينا في الفعل الضار ط ٢ سنة ١٩٥٦ ، ومصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ ص ٦٧١ نبذة ٥٠٧ .
وانظر فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء السنهورى ج ١ نبذة ٧٣٥ ص ١٢٤٢ ، ليبب شنب في رسائله ص ٢٠٠ ، الصده ص ٥٨٥ حجازى نبذة ٨٩٦ و ٩٠٠ ، حسين عامر في المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٦ ص ٧٧٦ نبذة ٧٦٧ ومؤلفينا في الفعل الضار ط ٢ سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦٧ ص ٢٢٠ ، ومصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ نبذة ٥٢٣ ص ٦٩٧ .

مدنى ، ولا سيما أن تلك التعاقدات كانت تشتمل على اتفاقات باعفاء المؤجر من المسؤولية ، فضلا عن إلزامها المستأجرين باخطار المؤجر غورا بكل ما من شأنه أن يوجب تدخله وفقا للمادة ٥٨٥ مدنى .

غير أن محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة لم تستجيبا لهذا الدفاع ، وقضت كلتاهما بمسئولية المؤجر (وهو المالك) بناء على نص المادة ١/١٧٧ مدنى . وقد أقامتا قضاءهما على الحجج التالية :

(١) عموم نص المادة ١/١٧٧ مدنى الذى يخول حقا فى التعويض لكل من يصيبه ضرر بفعل تهدم البناء ، دون تفرقة بين مستأجرى البناء والأشخاص الآخرين غير المرتبطين بعقد مع حارس البناء .

(٢) عموم نص المادة ٢/١٧٧ مدنى الذى يخول كل شخص مهدد بأن يصيبه ضرر بسبب سوء حالة المبنى أن يلزم مالك ذلك المبنى بأن يتخذ التدابير اللازمة لتلافي هذا الخطر الذى يهدده دون تمييز فى استعمال هذا الحق بين مستأجرى وحدات هذا المبنى وملأه ومستأجرى المبنى الأخرى المجاورة ، الأمر الذى يؤكد معنى العموم فى عبارة نص المادة ١/١٧٧ مدنى .

(٣) حق المستأجر فى معاملة ماثلة على الأقل لحق غير المستأجر اذ لا يحتتمل أن يكون لغير المستأجر اعفاء من عبء اثبات خطأ مالك البناء دون أن يكون للمستأجر مثل هذا الاعفاء .

(٤) ما ورد فى المذكره الايضاحية للمشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى عن نص مادة المشروع التى استقرت فى المادة ٥٦٥ مدنى من أنه يجوز للمستأجر فى حالة اصابته بضرر بسبب عيب فى الشيء المؤجر أن يطالب بتعويض هذا الضرر على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية .

واذ طعن المدعى عليهم فى هذين الحكمين ، فقد نقضتهما محكمة

النقض على أساس مخالفتها القانون والخطأ في تطبيقه ، وقالت في أسباب حكمها بالنقض الصادر في ١٦ أبريل ١٩٦٨ ما يلي بنص الحرف الواحد :

» ... انه يبين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت في مدوناته أن هناك علاقة تعاقدية بين الطاعنين والمطعون ضدهم ... ولما كانت المادة ٥٦٧ مدنى قد نصت في فقرتها الأولى على إلزام المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، وبأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية لحفظها ، ونصت في فقرتها الأخيرة على جواز أن يقضى الاتفاق بين المؤجر والمستأجر بغير ذلك ، مما مفاده أن التزام المؤجر طبقاً لأحكام الإيجار في القانون المدنى بصيانة العين المؤجرة وحفظها إنما هو تقدير للنية المحتملة للمتعاقدين ، وأنه إذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين أعمال اتفاقهما .

» واذا أورد المشرع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التى تقضى بإلزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرهما من النصوص التى تنظم أحكام عقد الإيجار ، تبين آثاره وتحدد المسؤولية عن الإخلال بتنفيذه بالفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى ، كما أورد فى شأن العقود الأخرى المنصوص عليها فى الكتاب ذاته الأحكام التى تناسبها فى هذا الخصوص ، وكانت المادة ١٧٧ مدنى الخاصة بمسؤولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالعمل غير المشروع . واذا خص المشرع على هذا النحو المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن المسؤولية الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسؤولية الأخرى ، فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين تستقل به كل منهما عن الأخرى .

فاذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها ، وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر فى

تنفيذ العقد . فانه يتعين الأخذ بأحكام العقد ، وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه . ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه : مما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى الى الأضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني ، اذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات ، سواء كان متعاقدا أو غير متعاقدا ، واذا أفرد المشرع لكل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية نظاما تختص به دون الأخرى على النحو السالف الإشارة اليه ، فقد دل ذلك على أنه وضع المادة ١٧٧/١ لحماية غير المتعاقدين في حالة تهدم البناء أو جزء منه . أما من يربطه بحارس البناء عقد ايجار ، فان أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدني الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني التي تنظم أحكام عقد الايجار تكون هي وحدها الواجبة التطبيق لتحصيد مسؤولية المؤجر . ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة ٥٩٥/٢ الواردة بالكتاب الثاني ضمن أحكام عقد الايجار من أنه اذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم وأصابه من ذلك ضرر بالفعل وثبت خطأ في جانب المؤجر ، فان المستأجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقدما لأن الأمر يتعلق بالنظام العام ، ذلك أنه وقد خلت هذه المادة من عبارة « طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية » وورد نصها آمرا في تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة

على العقد : فانه لا يخرج مسئولية المؤجر في خصوص هذا الالتزام عن طبيعتها ولا يحيلها الى مسئولية تقصيرية ، وذلك ما لم يثبت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيما أو فعلا يؤثمه القانون » (٧٨) .

وهكذا وضعت محكمة النقض حدا للخلاف حول جواز الخيرة أو عدمها بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية وحسمته في صالح عدم الخيرة سواء في مجال المسئولية عن الفعل الشخصي أو في مجال المسئولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء ، وسواء فيما يتعلق بمبدأ عدم الخيرة ، أو فيما يتعلق بالاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ . وبذلك أصبح من المقرر أن الأصل أن كلا من المسئوليتين لهما مجالها الخاص ، وأن الجمع بينهما مستحيل وإن الخيرة بينهما غير جائزة الا في الحالة الاستثنائية التي يكون فيها الاخلال بالترام عقدي يشكل جريمة جنائية أو يعتبر غشا أو خطأ جسيما .

وإذا كان حكم النقض الصادر في ١٦ أبريل ١٩٦٨ قد أكد أنه حيث يوجد عقد بين طرفين ويطلب أحدهما الآخر بتعويض الأضرار التي لحقته من جراء الاخلال بالترام ناشئ من هذا العقد ، فيمتنع عليه التمسك في هذه المطالبة بأحكام المسئولية العقدية ، فقد عرضت على المحكمة فيما بعد الصورة العكسية صورة شخص من غير طرفي العقد يتمسك بأحكام العقد لدرء مسئوليته ازاء أحد أطراف العقد ، فقضت فيها

(٧٨) نقض مدني ١٦ أبريل ١٩٦٨ في الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٤ ق ، وقد تولاها المؤلف بالنيابة عن العميد محمد صالح وأخرى والحكم منشور في مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٧٦٢ - ١١٠ . وقد أكتت محكمة النقض استقرارها على هذا المبدأ في حكم حديث صادر بعد نشر مقالنا هذا ، فقررت بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٨١ في الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٤٦ ق (مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ٤٦٨ - ٩١) :
« أن أحكام العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي وحدها التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا ، أو عند الاخلال بتنفيذه ، فلا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية » .

بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٧٥ (في الطعن رقم ٢٤٢ سنة ٤١ ق) (٧٩) بأنه اذا كان المؤجر الأصلي قد رخص للمستأجر في التأجير من الباطن وأقام المستأجر من الباطن دعوى على المؤجر الأصلي بمطالبته بتعويض عما لحقه من أضرار بفعل تابعي المؤجر الأصلي مؤسسا دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية وقضت له محكمة أول درجة على هذا الأساس ، ولكن محكمة ثانى درجة ألغت هذا الحكم تأسيسا على أن عقد الايجار من الباطن يشتمل على شرط الاعفاء من المسؤولية واعتبرت العلاقة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن علاقة عقدية يسرى عليها شرط الاعفاء من المسؤولية ، فنقضت محكمة النقض الحكم الاستثنائي المطعون فيه تأسيسا على أنه لا توجد علاقة عقدية بين المؤجر والمستأجر من الباطن ، فتخضع مسئوليته لأحكام المسؤولية التقصيرية ولا يجوز له أن يتحدى بشرط الاعفاء من المسؤولية الوارد في عقده مع المستأجر الأصلي .

تطبيقات على الأحكام

(أولا) في تكييف الفعل الضار

واختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية

وأثر حكم البراءة في دعوى التعويض (*)

١ — تعيين موضوعات البحث ٢ — تلخيص ثلاثة أحكام لمحكمة النقض ٣ — حصر الموضوع في أربع مسائل .
القسم الأول : تقرير المبادئ ٥ — **المسألة الأولى :** جواز الحكم بالتعويض مع الحكم بالبراءة لانتفاء الخطأ الجنائي أو عدم جوازه .
٧٦ — حجية الشيء المحكوم فيه جنائيا ٨ — الخطأ الجنائي والخطأ المدني ٩ — في جرائم المبد ١٠ — ١٣ — في جرائم الإهمال :
(١) أحكام المحاكم (ب) آراء الشراح (ج) ترجيح فكرة استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي ١٤ — **المسألة الثانية :** جواز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية المفترضة مع الحكم بالبراءة أو عدم جواز ذلك ١٥ — أحكام المحاكم ١٦ — آراء الشراح ١٧ — **المسألة الثالثة :** تعيين السبب في دعوى المسؤولية المدنية ١٨ — مذهب المحاكم في تعدد السبب ونتائج هذا المذهب ١٩ — نقد هذه النتائج ٢٠ — ٢٢ — آراء الشراح ٢٣ — ٢٤ — ترجيح نظرية وحدة السبب ونتائجها ٢٥ — **المسألة الرابعة :** اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية .

القسم الثاني : ٢٦ — ٢٨ — تطبيق المبادئ .

٢٩ — الخاتمة .

١ — تعيين موضوعات البحث : اذا وقعت جريمة جنائية ، ونشأ عنها ضرر ، فالأصل أن ترفع الدعوى العمومية الى المحاكم الجنائية ودعوى تعويض الضرر الى المحاكم المدنية . فاذا صدر الحكم الجنائي كانت له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للكافة ، ووجب على المحكمة المدنية — ما لم تكن قد فصلت في دعوى التعويض قبل رفع الدعوى

العمومية — أن يتقيد بما فصل فيه ذلك الحكم ، منعا لتضارب الأحكام في الموضوع الواحد • وقد أجاز المشرع للمصاب أن يرفع دعواه المدنية الى المحكمة الجنائية لتفصل فيها مع الدعوى العمومية بحكم واحد اقتصادا للوقت والجهد • وفي هذه الحالة يتعين على القاضى الجنائى أن يتقيد عند الفصل فى الدعوى المدنية بما قرره فى الدعوى العمومية •

ولكن الى أى حد يتقيد القاضى المدنى — أو القاضى الجنائى عند الفصل فى 'الدعوى المدنية' — بما تقرر فى الدعوى العمومية ؟

من المسلم به أن الحكم الجنائى اذا كان صادرا بالادانة يقيد القاضى المدنى فيما يتعلق بوقوع الجرم المسند الى المتهم ، وفى نسبته اليه ، وفى استجابته للمقوية ، فتكون له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية ، ولا يكون للقاضى المدنى مناقشة الحكم الجنائى فى أية ناحية من هذه النواحي ، بل تقتصر ساطته على تقدير قيمة التعويض (انظر مصطفى مرقى بك نبذة ٣٦٦ ، استئناف القاهرة ٢٨ مايو ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٦٥ — ١٥) •

ولكن ما رأى اذا كان الحكم الجنائى قد قضى بالبراءة وبنى ذلك على أن الفعل المسند الى المتهم لا يكون جريمة جنائية ؟ أيعتبر نفي الخطأ الجنائى نفيا للخطأ المدنى فى الوقت ذاته ، أم يعتبر الخطأ المدنى غير الخطأ الجنائى ويجوز للقاضى المدنى أن يبحث عنه وأن يحكم بالتعويض بناء عليه ؟

واذا سلمنا أن نفي الخطأ الجنائى ينفي الخطأ المدنى ، ألا يجوز للقاضى المدنى أن يحكم بالتعويض تأسيسا على الخطأ التعاقدى أو على الخطأ المفترض فى حالات المسؤولية عن فعل الغير ومسئولية حارس الحيوان أو مستخدمه ؟

واذا كان هذا جائزا ، أفتملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، أم لا تملكه الا اذا طلبه منها المصاب ؟

وإذا كان لابد في الحكم بالتعويض من أن تكون الدعوى مرغوة على أساس المسؤولية المفترضة ، أفيكون للمصاب الخيار في رفعها أمام المحاكم الجنائية عن طريق الادعاء بالحق المدني ، أم تكون هذه المحاكم غير مختصة بها ، ويتعين على المصاب أن يرفعها الى المحاكم المدنية ؟

هذه مجموعة من المسائل بالغة غاية الدقة ، وأكثرها لم يعرض على المحاكم الا نادرا ، بالرغم مما لها من صبغة عملية آخذة في الازدياد تبعا للأهمية الكبيرة التي أصبحت للمسؤولية المفترضة في الوقت الحاضر .

وقد عرضت لهذه المسائل محكمة النقض المصرية في ثلاثة أحكام أصدرتها فيما بين أول فبراير و ٨ مارس ١٩٤٣ غصلت فيها في بعض هذه المسائل ، واكتفت بافتراض حل بعضها الآخر على وجه معين لاستغنائها في القضايا التي كانت معروضة عليها عن الفصل فيه .

وقد رأيت ضرورة التنبيه الى هذه المسائل التي غصلت فيها أو أشارت اليها هذه الأحكام الثلاثة لأهميتها العملية والفقهية ، مع عرضها في ضوء المبادئ المسلم بها في الفقه وفي أحكام المحاكم ليبين لنا الى أي مدى يمكن التمويل على ما قرره محكمة النقض .

ولأن هذه الأحكام الثلاثة لم تنتشر الى الآن في المجلات القضائية ، أرى أن أبدأ البحث بتلخيص وقائعها وحيثياتها فيما يلي :

٢ - تلخيص الأحكام - حكم أول فبراير ١٩٤٣ في القضية رقم ٣٢٥ سنة ١٣ قضائية - وقعت معركة بين ابراهيم محمد هيبه ونفر من أتباعه بينهم سالم محمد الشاعر ، وبين فريق آخر ، أسفرت عن أحداث عاهة مستديمة بأحد أفراد الفريق الآخر وهو عبد العال عطيه بكرش .

رغبت الدعوى العمومية على كل من ابراهيم محمد هيبه وسالم محمد الشاعر بتهمة أحداث عاهة مستديمة بعبد العال عطيه ، وأحيل

المتهمان الى محكمة جنبايات الزقازيق لحاكمتهما بالمادة ٢٤٠ ع فقرة أولى، وادعى عبد العال عطيه بحق مدنى قبل المتهم الأول فقط وطلب الحكم عليه بمبلغ ٢٠٠ جنيه على سبيل التعويض .

لم يثبت لدى المحكمة أن المتهم الأول ضرب المجنى عليه بل داخلها الشك فى ذلك ولم تر أنه قارف أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها خبراته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعا لذلك رفضت الدعوى المدنية المقامة ضده على أساس أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار . كما برأت المتهم الثانى بالرغم من اعترافه بأنه محدث الاصابة بالمجنى عليه اذ ظهر لها أنه انما اتهم نفسه بذلك غداء للمتهم الأول .

ضعن المجنى عليه فى هذا الحكم بأن المحكمة أخطأت فى تطبيق القانون اذ قضت برفض الدعوى المدنية المرفوعة على المتهم الأول بناء على أنها أصبحت على غير أساس بعد أن قضى ببراءته من التهمة الموجهة اليه ، لأن الحكم بالبراءة لا يترتب عليه فى القانون حتما رفض الدعوى المدنية المرفوعة على المتهم ، وقال فى بيان ذلك أنه اذا كان قد بنى طلب التعويض على أن المتهم الأول هو الذى قارف بنفسه فعل الضرب الذى وقع عليه ، واذا كانت المحكمة قد داخلها الشك فى ثبوت ذلك فحقت ببراءته من هذه التهمة ، فانه كان يتعين عليها أن لا ترغض الدعوى المدنية لأن التعويض يكون مستحقا أيضا قبل المتهم الأول بمقتضى المادة ١٥٢ مدنى على أساس مسئوليته عن فعل أتباعه ، ولأن طلب الطاعن التعويض على أساس أن المطعون ضده ارتكب بنفسه الفعل الضار يلزم المحكمة — بناء على قاعدة وجوب الحكم بالقدر المتيقن — بأن تقضى له بالتعويض على أى أساس آخر يكون دون الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى . ولما كان قد ثبت أن المطعون ضده قد توجه على رأس نفر من مزارعيه وأتباعه الى محل الحادثة واعتدوا على فريق خصومه ودخلوا معهم فى المعركة التى أصيب فيها الطاعن من ضربة وقعت على عينه من بعض من كان مع المطعون ضده ، فان المطعون ضده يكون مسئولاً عن التعويض على الأساس المقرر بالمادة ١٥٢ المذكورة .

ومحكمة النقض رفضت الطعن بناء على أن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ مدني باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل غيره ؛ وإن المحكمة ليس لها أن تفني من تلقاء نفسها السبب الذي تقام عليه الدعوى أمامها والا تكون قد تجاوزت سلطاتها وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به .

حكم اول مارس ١٩٤٢ في القضية رقم ٥٤٨ سنة ١٣ قضائية :
اتهمت النيابة العمومية على محمد داود وثلاثة آخرين من مستخدمي محل محمد المرجوشي بك بأن كلا منهم ارتكب تزويرات في دفاتر المحل أو اختلاسات لنقوده أو سرقات لبضائعه ، وكانت التهم الموجهة الى على محمد داود أنه سرق من المحل خمسة أمتار كستور وسبعة أثواب بفتة مبينة الوصف والقيمة بالحضر ، وأنه اختلس مبلغ ١٩٣ قرشا وتوصل بطريق الاحتيال الى الاستيلاء على مبلغ ٩٥ قرشا ثمن قطعة قماش وذلك بأياهم عامل البيع بأن القطعة المذكورة قد بيعت بالمبلغ المذكور ثم أعادها المشتري وحرر عنها ايضالا مرتجعا قبض قيمته من الصراف اضرارا بالمحل .

قيدت القضية جنحة بجدول محكمة الخليفة الجزئية ، وطلبت النيابة معاقبة المتهمين بمواد التزوير والنصب ، ودخل محمد المرجوشي بك المجنى عليه مدعيا بالحق المدني وطلب القضاء له بمبلغ ٦٠٠ جنية قبل المتهمين الأربعة بالتضامن على سبيل التعويض .

وقضت المحكمة بحبس اثنين من المتهمين وبإلزامهما متضامنين بأن يدفعوا للمدعى المدني ٦٠٠ جنية تعويضا والمصاريف المدنية ؛ وبرأت على محمد داود والتهم الآخر مما نسب اليهما مع رفض الدعوى المدنية الموجهة قبلهما عملا بالمادة ١٧٢ تحقيق جنايات .

استأنف الحكم أحد المتهمين المحكوم عليهما ، كما استأنفته النيابة

دلالة تشديد العقاب بالنسبة لهذا المتهم والغاء الحكم فيما قضى به من براءة على محمد داود وزميله ومعاقيتهما بمواد الاتهام الموجهة اليهما ، وكذلك استأنف المدعى بالحق المدنى طالبا أن يقضى له بالتعويض على المتهمين اللذين حكم برفض الدعوى المدنية قبلهما (ومنهما على محمد داود) •

وحكمت محكمة مصر (الجنح المستأنفة) بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٤٢ أولا بتأييد الحكم المستأنف بالنسبة للمتهم الذى رفع الاستئناف ، وثانيا بتأييد الحكم فيما قضى به من براءة على محمد داود والغاء فيما قضى به من رفض الدعوى المدنية قبله والزام هذا المتهم هو والمتهمين المحكوم عليهما بأن يدفعوا بطريق التضامن للمدعى المدنى ما حكم له به من تعويض ، وثالثا بتأييد الحكم فيما يختص بالمتهم الرابع •

ومما قالته المحكمة الاستئنافية فيما يتعلق بتبرئة على محمد داود والزامه بالتعويض « أن الحكم المستأنف فى محله لأسبابه بالنسبة لهذا المتهم فيما يتعلق بالدعوى العمومية ، وأما بالنسبة للدعوى المدنية فغدت قضت محكمة أول درجة برفضها استنادا الى قضائها ببراءته من التهمة المنسوبة اليه ، وحيث ان هذه المحكمة لا تأخذ بذلك لأنه اذا كان أساس الدعوى العمومية هو الجنحة ، فان أساس الدعوى المدنية ليست الجنحة فقط وانما الجنحة وشبه الجنحة • وقد قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى المدنية دون أن تتعرض لنفى شبه الجنحة عن المتهم ، ولا يمكن القول بأن شبه الجنحة لم يكن من ضمن أسس الدعوى المدنية لأن الدعوى المذكورة رفعت على أساس الوقائع التى أسندت الى المتهم المذكور وتناولها التحقيق وكانت كلها مطروحة أمام محكمة أول درجة • وحيث ان المجنى عليه ••• وكثيرون غيره ممن تناولهم التحقيق أجمعوا على أن المتهم على محمد داود كان وكيل المحل المباشر لادارته ولحساباته، وذكر الخبير فى تقريره أن على داود بصفته مديرا للمحل والواضح لنظام الدفاتر بل ومنشئها والمباشر لحركة الايرادات والمصروفات أغفل اهمالا أو عمدا مراقبة الكتاب الحسابين ولم يعمل على ايجاد دفتر الصنف

الذى هو أول دفتر يجب أن يكون تحت يده وعينه لمعرفة حركة البضاعة من كساد وركود ، وكانت نتيجة اغفاله أن استرسل كتاب المحل في الاهمال وسهل اللعب في الأرقام مما سبب ضياع ٢٨٢ جنيها و ٢٧٥ مليما من البضائع ٠٠٠ . وحيث انه من ذلك يتبين أن المتهم على داود بوصف كونه هو الوكيل عن المجنى عليه في ادارة 'المحل ومباشرته أهل في ادارة عمله اهمالا نشأت عنه الاختلاسات والسرقات موضوع الدعوى ، وهو بوصف كونه وكيلًا بأجر مسئول عن اهماله اليسير ، فضلا عن الجسيم ، وحيث ان هذا الاهمال اذا لم يجز هـؤاخذه المتهم عنه جنائيا ، فهو بلا شك مأخوذ به مدنيا ، ولذلك تكون الدعوى المدنية قبله على أساس ، ويتعين القضاء عليه بالتعويض المطلوب بالتضامن مع باقى المتهمين المحكوم عليهم » .

طعن على محمد داود في هذا الحكم بالنقض لأنه بالرغم من تأييده الحكم القاضي بالبراءة قد ألغاه فيما يختص بالتعويض على أساس أن الطاعن بصفة كونه وكيلًا للمدعى بالحق المدني في ادارة محله قد أهمل في القيام بواجبه اهمالا نشأت عنه الاختلاسات والسرقات موضوع الدعوى العمومية ، وذلك دون أن ينبهه الى تغيير أساس التعويض حتى يتسنى له أن يشرح وجهة نظره ، فضلا عن ذلك فان المحكمة قد ألزمت الطاعن بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع باقى المحكوم عليهم ، مع أن التضامن لا يكون الا اذا كان المحكوم عليهم قد ارتكبوا جريمة واحدة ، وهذا غير متوفر في الدعوى .

قبلت محكمة النقض هذا الطعن وقالت في قبوله ان المدعى المدني رفع دعواه بالتعويض على أساس الضرر الذى لحقه من الجرائم التى وقعت من الطاعن وباقى المتهمين ، وبعبارة أخرى على أساس أن مسئوليتهم تقصيرية ناشئة عن جنحة وانهم ملزمون بتعويض الضرر الذى أصابه بمقتضى المادة ١٥١ مدنى . وقد نظرت الدعوى أمام محكمة أول درجة وقضت برغضاها على هذا الأساس بعد أن تبين لها عدم ثبوت الفعل

المكون للجريمة على الطاعن . فكان على المحكمة الاستثنائية وهي تفصل في الاستئناف المرفوع اليها أن تلتزم هذا الأساس الذي أقام عليه المدعى دعواه ، فلا تقضى بالتعويض الا اذا رأت ثبوت الأفعال الموصوفة بالجرائم المرفوعة بها الدعوى على الطاعن . أما وهي قد تبرعت من عندها للمدعى فحكمت له بالتعويض على أساس آخر قوامه المسؤولية التعاقدية الناشئة عن الاخلال بعقد الوكالة المبرم بينه وبين الطاعن وأعفته بذلك من واجب اثبات دعواه ، فانها تكون قد أخطأت بتغييرها في الحكم الذي أصدرته بسبب الدعوى من طلب تعويض الضرر على قاعدة المسؤولية التقصيرية الى تعويضه على أساس المسؤولية التعاقدية ، بل انها لم تتبع من أحكام هذه المسؤولية الا ما كان في مصلحة المدعى ، فهدت قضت له بالتضامن ، في حين أن التضامن لا يكون الا في المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية ، وهذا الخلط في الأحكام بين المسؤوليتين تأباه القواعد الأولية للمرافعات في مواد الحقوق المدنية .

وحيث انه متى كان هذا مقروا ، وكان المدعى — على ما هو ثابت في محاضر جلسات المحاكمة — قد أسس دعواه على المسؤولية التقصيرية ولم يطلب أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستثنائية أن يقضى له بالتعريض على أساس اخلال الطاعن بالواجبات التي يفرضها عليه عقد الوكالة ، وكانت الواقعة كما أثبتتها المحكمة لا تبرر القضاء بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، فانه يتعين قبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه والقضاء برخص الدعوى المدنية .

حكم ٨ مارس ١٩٤٣ في القضية رقم ٦٨٧ سنة ١٣ ق — انتهت النيابة العمومية زاهر محمد قطقاط بأنه تسبب من غير قصد ولا تمتد في اصابة فريد بولص بطرس أفندي وآخرين وكان ذلك ناشئا عن رعونته واهماله في قيادة أمينيوس اذ اعترض طريقه رجل وضع قصبا على حماره فاستمر في سيره ولم يوقف السيارة حتى يمر الرجل المذكور بدابته واضطر لمجانبة الاصطدام به أن يتجه الى أقصى الجهة اليمنى من

الطريق فانقلبت السيارة بمن فيها من المجنى عليهم في منخفض من الأرض على يمين الطريق وأصيب المجنى عليهم بالاصابات الموصوفة بالتقريبه الحلبى وطلبت عقابه بالمادة ٢٤٤ ع .

وادعى فريد بولص بطرس أفندى أحد المجنى عليهم بحق مدنى قدره ١٠٠٠ جنيه وطلب الحكم له بهذا المبلغ على المتهم وعلى شركة السيارات متضامنين بصفتها مسئولة مع المتهم عن الحقوق المدنية .

ومحكمة جناح قوص الجزئية حكمت بتاريخ ٣ مارس ١٩٤٢ غيابيا ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية والزام رافعها بالمصاريف المدنية عملاً بالمادة ١٧٢ تحتدق، جنابات .

ومحكمة قنا الابتدائية الأهلية بهيئة استئنافية قضت فى الاستئناف بقبوله شكلاً ، وفى الموضوع ثبت لديها أن السائق كان يسير سيرا بطيئاً وأنه لما رأى الدابة المحملة قصبا قادمة من الاتجاه العكسى حول سيره نحو اليمين ، ولكن تصادف أن الجرف الذى ربط عنده السائق كان خاويا لأز الفلاحين حفرروا الجسر من أسفله فلم يقو الجسر على احتمال السيارة بل انهارت الأتربة وسقطت السيارة ، ولم يكن ظاهر الجسر يدل على أنه قابل للانهيار بل كان شكله يدل على خلوه من العيوب ، وقررت المحكمة أن هذا كاف لرفع المسئولية الجنائية عن المتهم ومن ثم يتعين براءته عملاً بالمادة ١٧٢ تحقيق جنابات ورفض الدعوى المدنية المرفوعة من فريد بولص أفندى والزام رافعها بالمصاريف .

فطعن المدعى بالحق المدنى فى هذا الحكم بطريق النقض ، وبنى طعنه على عدة أوجه منها الوجهان الآتيان :

الوجه الأول أن الحكم المطعون فيه خال من الأسباب بالنسبة للدعوى المدنية لأن المسئولية المدنية يصح قيامها مع وجود الشك فى قيام المسئولية الجنائية أو انعدامها : إذ الخطأ الذى تترتب عليه المسئولية

المدنية لا يشترط فيه أن يكون بالحسامة التي نستوجب المسؤولية الجنائية .

والوجه الثانى أن المحكمة أخطأت فى رفض الدعوى المدنية مع توفر أركانها ، ذلك لأن الواقعة الثابتة بالحكم تستوجب القضاء بالتعويض (أولا) ، على أساس وجود خطأ من المتهم ولو لم يبلغ درجة الجسامة للمسؤولية الجنائية ، (وثانيا) على أساس أن مسؤولية شركة السيارات المسؤولة عن الحقوق المدنية هى مسؤولية تعاقدية لا تستلزم اثبات وقوع خطأ من المتهم لأن السيارة التى انقلبت وكان الطاعن من بين ركابها هى سيارة نقل عمومية ، ومن المقرر ثنائونا أن عقدا ينشأ بين المسافر وبين متولى النقل يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بأن ينقل الراكب من محطة القيام الى محطة الوصول سالما .

ومحكمة النقض قررت بتاريخ ٨ مارس ١٩٤٣ فيما يتعلق بالوجه الأول أن القانون حين نص فى المادة ٢٤٤ ع . على عقاب « كل من تسبب فى جرح أحد من غير قصد ولا تمعد بأن كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عن عدم احتياط وتحرز أو عن اهمال أو عن عدم انتباه أو عدم مراعاة اللوائح ... » قد جاء نصه عاما تشمل عبارته فى الحقيقة والواقع الخطأ بجميع صورته ودرجاته ولو أن ظاهرها فيه معنى الحصر والتخصيص . فكل خطأ مهما كانت جسامته يدخل فى متناولها ، ومتى كان هذا مقرا . فان الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ المذكورة لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ الذى يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ مدنى مادام الخطأ مهما كان يسيرا يكفى قانونا لتحقيق كل من المسئوليتين . ومتى كان معيار الخطأ ومقداره واحدا فى الحالتين ، فان براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه تستلزم حتما رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ المدعى . ولذلك فان الحكم المطعون فيه حين نفى الخطأ عن المتهم وقضى له بالبراءة للأسباب التى أوردها يكون فى ذات الوقت

قد نفى الأساس المقامة عليه الدعوى المدنية والمحكمة لم تكن في حاجة لأن تتحدث عن هذه الدعوى وتورد لها أسبابا خاصة بها .

وفيما يتعلق بالوجه الثانى قالت محكمة النقض : أما عن المسؤولية التعاقدية ، فإن المحكمة ما كان يسوغ لها قانونا أن تقضى على أساسها مدامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية ، ومادام المدعى لم يطلب أن يقضى له بالتعويض فيها على أساس المسؤولية التعاقدية — ان صح له أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — ومادامت المحكمة ليس لها أن تتبرع من عندها فتنبنى الدعوى على سبب غير الذى يرفعها به صاحبها ، ففى اذ تفعل ذلك تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم وهذا غير جائز فى القانون .

٣ — تلخيص المبادئ التى قررتها هذه الأحكام : ويمكننا أن نلخص المبادئ التى قررتها محكمة النقض فيما يلى :

أولا — ان الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ ع . لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ الذى يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ مدنى مادام الخطأ مهما كان يسيرا يكفى قانونا لتحقيق كل من السئوليتين . ومتى كان معيار الخطأ ومقداره واحدا فى الحالتين ، فإن براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه تستلزم حتما رفض الدعوى المدنية المؤسسه على هذا الخطأ المدعى (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) .

ثانيا — ان الحكم ببراءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه لا يحول دون امكان الحكم عليه بالتعويض بناء على المسؤولية التعاقدية (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) ، أو بناء على مسؤولية السيد عن فعل تابعه (حكم أول فبراير ١٩٤٣) .

ثالثا — ان تأسيس دعوى التعويض على قواعد المسؤولية التعاقدية

أو قواعد مسئولية السيد عن فعل تابعه يختلف عن تأسيسها على قواعد المسئولية عن الفعل الشخصي ، بحيث يعتبر سبب المسئولية في كل من هذه الحالات مغايرا لسببها في الحالات الأخرى ، فلا تملك المحكمة في دعوى المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي أن تحكم من تلقاء نفسها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية (حكم أول مارس وحكم ٨ مارس ١٩٤٣) أو على أساس المسئولية عن فعل الغير (حكم أول فبراير ١٩٤٣) ، بل لابد من أن يطلب الخصوم ذلك ، وأن يكون هذا الطلب أمام محكمة أول درجة •

رابعا — أن مسألة اختصاص المحكمة الجنائية بالنظر في دعوى الدعوى بالحق المدني المبنية على المسئولية التعاقدية (أو غيرها من حالات المسئولية المفترضة) مسألة يصح أن تكون محل نظر (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) •

٤ — عرض هذه المبادئ ومناقشتها وتطبيقها : نرى أن نعرض هذه المبادئ في ضوء أحكام المحاكم وآراء الشراح على الترتيب الذى أوردناها به ، ونفرض تسهيلات للبحث أن دعوى التعويض منظورة أمام المحكمة المدنية بعد صدور الحكم الجنائي بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ الذى أسست عليه الدعوى العمومية • فإذا رأينا جواز الحكم فيها بالتعويض فرضنا رفعها بطريق الادعاء بالحق المدني أمام المحكمة الجنائية ، ونظرنا في جواز الحكم فيها بالتعويض من هذه المحكمة أو عدمه ، ثم نستطيع بعد ذلك أن ننظر في تطبيق ما استخلصناه من مبادئ على القضايا التى أصدرت فيها محكمة النقض هذه الأحكام الثلاثة •

تقرير المبادئ

٥ - المسألة الأولى : ايجوز للمحكمة المدنية أن تحكم بالتعويض في واقعة معينة بعد صدور الحكم الجنائي فيها بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ الجنائي ؟ : لابد قبل الجواب عن هذا السؤال أن نبين الحكمة في حجية الشيء المحكوم فيه من المحكمة الجنائية على القاضي المدني ومدى هذه الحجية .

٦ - حكمة حجية الحكم الجنائي : فقد يتبادر الى الذهن بادی الامر أن حجية الحكم الجنائي على القاضي المدني متفرعة عن حجية الشيء المحكوم فيه عموما ، وانها تشترك معها في شروطها وأحكامها . ولكن الواقع غير ذلك ، اذ أن حجية الشيء المحكوم به عموما أريد بها وضع حد للمنازعات وعدم السماح للمتقاضين بشغل المحاكم بالقضية الواحدة مرات متعددة الى ما لا نهاية . وجعل معيار هذه الحجية اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب ، وأثرها نسبي . أما حجية الحكم الجنائي على القاضي المدني فليس أساسها اتحاد الموضوع لأن موضوع الدعوى الجنائية توقيع العقاب ، وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا اتحاد الخصوم لأن الخصم في الدعوى الجنائية النيابة العمومية وفي الدعوى المدنية المصاب ، هذا فضلا عن أن الحكم الجنائي الصادر بادانة متهم يقيد القاضي المدني في الدعوى المرفوعة على المسئول مدنيا، ولو لم يكن ممثلا في الدعوى العمومية . وحجتيه حجية مطلقة أي أنها تسرى قبل الكافة erga omnes ، والحكمة فيها كما تقول محكمة النقض المصرية « هي توافر الضمانات المختلفة التي قررها الشارع في الدعوى الجنائية ابتغاء الوصول الى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات . الأمر الذي تتأثر به مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الاطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتما ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أى وقت

لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه حتى لا يجر ذلك الى تخطئتها
من جانب أية جهة من جهات القضاء » (١) •

ولذلك زود المشرع المحاكم الجنائية بسلطة في تحرى الحقيقة أوسع
كثيرا من سلطة المحاكم المدنية ، واعتبر ما تقرره المحاكم الجنائية من
حقائق قضائية أقرب الى الحقائق الواقعية مما تقرره المحاكم المدنية .
فحتم على المحاكم المدنية أن توقف الفصل في الدعاوى الناشئة عن
جرائم جنائية إذا رفعت الدعاوى العمومية قبل الفصل في الدعاوى
المدنية ، ولم يجعل لحكمها الصادر في الدعاوى المدنية قبل رفع الدعاوى
الجنائية أى أثر على هذه الدعاوى (٢) ، ثم حرم عليها عند الفصل في
الدعاوى المدنية أن تتشكك — أو تعيد النظر — فى شيء مما أثبتته المحكمة
الجنائية فى حكمها وكان اثباته ضروريا للفصل فى الدعاوى العمومية (٣) •
وذلك كله حتى لا تناقض المحكمة المدنية ما قرره المحكمة الجنائية (٤) •

٧ — مدى حجية الحكم الجنائى : وبناء على هذه الحكمة التشريعية
يتقيد القاضى المدنى بكل ما فصل فيه الحكم الجنائى فصلا قاطعا لازما
للفصل فى الدعاوى العمومية • ولهذا قررت محكمة النقض المصرية « أن
القاعدة الصحيحة فى حجية الحكم الجنائى الإتهائى أن هذه الحجية
تقوم كلما فصل الحكم الجنائى فصلا شاملا ولازما : (١) فى تحقيق

(١) نقض ٩ مايو ١٩٤٠ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ١٧٦ — ٥٧ ،
وانظر فى هذا المعنى ايضا مازو نبذة ١٧٤٥ ، والدكتور حبيب أبو ستيت
فى نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ٢٩٦ ، دى باج ج ٢ ص ٧٥٤ نبذة ٩٠٧ ،
ونقض بلجيكي ١٠ يونيه ١٩٢٩ بازيكرىزى ١٩٢٩ — ١ — ٣٢٢ •
(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٠٢ المجموعة ٤ ص ٥٩ ، ٧ ديسمبر ١٩٣٦
المحكمة ١٧ — ٧١٦ — ٣٥٠ ، ١٦ ديسمبر ١٩٤٠ المحكمة ٢١ — ٦٩٠ —
٣٠٢ •

(٣) نقض اول يونيه ١٩٢٦ المحكمة ٧ — ٣٢٥ — ٢٢٥ ، مازو نبذة
١٧٦٦ ، لالو نبذة ١٧ ، بيرسون ودى نيليه فى المسؤولية المدنية ج ٢ ص
١٥٦ نبذة ٣١٢ مكررة •

(٤) نشأت بك فى الاثبات ص ٣٠٣ نبذة ٥٢٩ ، بيرسون ودى نيليه ج ١
ص ١٧٢ نبذة ٣١٩ ، كولان وكليبتان الطبعة الثامنة ج ٢ ص ٤٥٩ نبذة ٤٩٣ •

الفعل الذي يكون الأساس المشترك لكلا الدعويين الجنائية والمدنية ،
(٢) في الوصف القانوني لهذا الفعل ، (٣) في ادانة وعدم ادانة المتهم
بارتكاب الفعل . فاذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور جميعا ،
أصبح باب بحثها مغلقا أمام المحاكم المدنية ، وتعين على تلك المحاكم أن
تعتبرها ثابتة وتسير في بحث الحقوق المدنية المترتبة عليها على هذا
الأساس بحيث يكون حكمها متناسقا مع الحكم الجنائي السابق
صدوره » (٥) .

فاذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الفعل المسند الى المتهم قد وقع
منه جزما وأنه يكون الجريمة المتهم بها ، فلا سبيل بمد ذلك لاعادة
المحكمة المدنية البحث في شيء من ذلك جميعا (٦) ، ولو كانت الدعوى
المدنية مرفوعة على المسئول مدنيا الذي لم يكن ممثلا في الدعوى
العمومية (٧) .

أما اذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الواقعة المسندة للمتهم لم تقع
أصلا ، أو بأنها لم تقع من المتهم بالذات ، أو بأنه لم يترتب عليها ضرر ،
أو بأنه لا توجد بين الضرر وخطأ المتهم علاقة سببية ، كان لحكمها أيضا
حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية ، ولكن يشترط في ذلك
أن يكون ما قطع به القاضي الجنائي في هذا الشأن ضروريا للفصل في
الدعوى العمومية بحيث لا يعتبر تعرضه له تريدا منه (٨) . فمثلا اذا

(٥) نقض مدني ١٢ يناير ١٩٣٩ الحاماة ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ ، غازيت
المحكم المخططة ٣١ — ١٠٤ — ٢ ، ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ — ٧٦١ —
٢٩٤ ، وانظر نقض فرنسي ٢٩ يولييه ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ — ٦ — ٥
وتعليق ريبير .

(٦) نقض مدني ١٢ يناير ١٩٣٩ الحاماة ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ .
(٧) استئناف ٢٠ مارس ١٩٠٦ المجموعة ٧ — ١٨٢ — ٨٩ ، ١٨ يناير
١٩٣٨ الحاماة ١٨ — ٦٢٧ — ٣٠٦ ، استئناف ١٩ يناير ١٩٢٧ الحاماة ٧ —
٥٨٨ — ٣٩٢ .

(٨) نقض جنائي ١٩ مايو ١٩٤٠ الحاماة ٢١ — ٤٨ — ٣٢ ، وانظر
مازو نبذة ١٨٠٨ وما بعدها ، مضطلي مرعي نبذة ٣٣٤ وما بعدها .

أثبت القاضي الجنائي في حكمه وقوع خطأ من المجنى عليه ، فإن هذا لا يقيد المحكمة المدنية لأنه لم يكن لازماً له في الفصل في الدعوى العمومية ويعتبر تزيداً منه لا تثبت له حجية الحكم الجنائي (٩) .

وإذا كان حكم البراءة مبنيًا على الشك في مسئولية المتهم ، أو على عدم كفاية الأدلة ، فيرى البعض أن هذا الحكم يمنع المحكمة المدنية من إعادة البحث في الموضوع ، لأنه مادامت المحكمة الجنائية التي خولها المشرع سلطة واسعة في التحقيق والاثبات قد قررت عدم إمكان اثبات مسئولية المتهم ، فلا يجوز أن يسمح للمحكمة المدنية ذات السلطة المحدودة أن تقول بإمكان اثبات هذه المسئولية . هذا فضلاً عن أنه إذا أتيح للمحكمة المدنية قبول أدلة أخرى والحكم بالتعويض — ان رأت أن الأدلة أصبحت كافية — فإن هذا يؤدي إلى إمكان اثبات جريمة دون سبيل إلى محاكمة فاعلها لسبق الحكم ببرأته من المحكمة الجنائية ، وفي هذا مخالفة واضحة لنظم العدالة بين أفراد المجتمع (١٠) .

ويرى فريق آخر أن الحكم الجنائي في هذه الحالة لا يمنع المحكمة المدنية من إعادة البحث في الموضوع ، لعلها تظهر باثبات ما يبرر حكماً

(٩) استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٣٨ الحماية ١٩ — ٥٢٦ — ٢٢٢ ، الاسكندرية الوطنية ٨ مايو ١٩٣٧ الحماية ١٨ — ٣٦٣ — ١٨٦ ، مصر المختلطة ٢٩ مايو ١٩٤٠ و ٥ يونيو ١٩٤٠ الغازيت ٣١ — ٥٣ — ٤٥ ، نقض فرنسي (عرائض) ١٨ فبراير ١٩٣٥ دالوز الاسبوعي ١٩٣٥ — ١٦٤ ، نشأت في رسالة الإثبات نبذة ٥٩٠ ، مازو نبذة ١٧٩٨ و ١٨٤٢ ، بيرسون ودي غيليه ج ٢ ص ١٥٨ نبذة ٣١٢ ، وكذلك إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم (سائق السيارة) بناء على أن الحادث وقع بخطأ اجنبي (خفي مزلقان) استئناف ٢٤ يونيو ١٩٣٣ الحماية ١٤ — ٢ — ١٧٥ — ٩٠ .

(١٠) نقض جنائي ١٩ مايو ١٩٤٠ الحماية ٢١ — ٤٨ — ٣٢ ، أبو نيج الجزئية ٢٥ يناير ١٩٣٠ الحماية ١١ — ١٨٥ — ١١٣ ، نقض فرنسي (مدني) أول أبريل ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٧٦ ، نشأت نبذة ٥٨٩ ، هيك ج ٨ نبذة ٣٤٠ ص ٤٣٧ ، مازو نبذة ١٨٠٩ ، بيرسون ودي غيليه ج ٢ ص ١٧٢ نبذة ٣١٩ ، مسامي مازن في مجلة القانون والاقتصاد ٢ — ٣٤٨ ، جريوليه في دالوز ١٨٦٤ — ١ — ٤٢٨ .

بالتعويض ، لأن تقرير المحكمة الجنائية انها لم تستطع اثبات الخطأ لا يجزم بعدم وقوعه ولا يتعارض مع قيام المحكمة المدنية باثباته (١٠ مكرر) . ولا يقيم القائلون بهذا الرأي وزناً لما يعترض به من أن الحكم بالتعويض يكشف عن جريمة لا يمكن محاكمة فاعلها ، لأنهم يعتبرون الخطأ المدني غير الخطأ الجنائي ، ويذهبون بناء على ذلك الى حد القول بأن حكم البراءة حتى لو جزم بعدم وقوع الخطأ المسند الى المتهم لا يمنع المحكمة المدنية من البحث عن وقوع خطأ مدني يستتبع الحكم بالتعويض (١١) .

والظاهر من حجج الفريقين أن أساس الخلاف بينهما هو في اختلاف وجهة نظر كل منهما الى الخطأ المدني والخطأ الجنائي من حيث ضرورة التلازم بينهما أو عدم ضرورته . فالقول باستقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي يؤدي الى اجازة الحكم بالتعويض في حالتى الحكم بالبراءة سواء أكان ذلك للشك في وقوع الخطأ الجنائي أم للجزم بعدم وقوعه . أما القول بالتلازم بين الخطئين ، فيترتب عليه أن الحكم بالتعويض يستحيل في حالة الجزم بانتفاء الخطأ الجنائي ، ولكنه يبقى محل خلاف في حالة البراءة لعدم كفاية الأدلة . ولذلك يتعين البحث في الصلة بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي .

(١٠ مكرر) استئناف ٣ فبراير ١٩١٢ المجموعة ١٣ - ٢٤٦ - ١١٨ ، ١٩ يناير ١٩١٤ المجموعة ١٥ - ١١٨ - ٦١ ، ١٩ نوفمبر ١٩٧١ المجموعة ١٩ - ٤٦ - ٣١ ، ١٣ فبراير ١٩٢٢ المحللة ٢ - ٣٢ - ١٠٢ ، ٤ مايو ١٩٢٥ المحللة ٥ - ٧٤٧ - ٦١٧ ، ١٧ أبريل ١٩٢٩ المحللة ٩ - ٦٤٦ - ٤٠٨ ، الاسكندرية الاهلية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحللة ١٠ - ٥٩٨ - ٢٩٨ ، اسبوط الجزئية ١٤ مايو ١٩٢٩ المحللة ١٠ - ٧٧٩ - ٣٨٩ ، استئناف مصر ٢٣ ديسمبر ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ - ٣٩٤ - ١٩٢ المحللة ١١ - ٨٢٣ - ٤٢٥ ، القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٣٩ وتعليق الاستاذ محمد سامى مازن ، نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٣٩ المحللة ١٩ - ١١١٦ - ٤٤٣ ، جارو ، تحقيق جنابات ج ٦ نبذة ٢٣٥٥ ثانيا ، جرانولان تحقيق جنابات ج ٢ ص ٢٧٦ ، ذهنى في المداينات ج ٢ ص ٤٧٦ والموسوعة البلجيكية تحت كلمتى Chose Jagée نبذة ١٨٢ والمراجع المشار اليها في نبذة ١٨٤ .

(١١) روتسارثت ، في أساس المسئولية اللاتصادقية ، بروكسيل ١٩٣٠ ص ٢٧٠ ، وليمس Willems في المجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء ١٨٩٥ ، المجلد ١٩ ص ٤٠٦ .

٨ — الخطأ الجنائي والخطأ المدني : الخطأ الجنائي خطأ موصوف يقوم على النص عنه في قانون العقوبات . أما الخطأ المدني فهو كل انحراف عن قاعدة سلوك عامة ، وتقديره متروك للقاضي (*) . ولكن ألا يمكن مع ذلك أن يخطئ أحدهما بالآخر اختلاطا تاما بحيث لو انتفى الخطأ الجنائي اختفى معه الخطأ المدني ؟

يجب للجواب عن ذلك أن نفرق بين جرائم العمد وجرائم الإهمال .

٩ — في جرائم الإهمال . غنى جرائم العمد يعتبر القصد الجنائي أحد أركان الجريمة الجنائية ، وبعبارة أخرى فإن الخطأ الجنائي لا يتوافر إلا إذا كان المتهم قد ارتكب الفعل متعمدا إياه ، فإذا انتفى القصد انتفى معه الخطأ الجنائي ووجب البراءة . ولكن هذا الفعل الذي ارتكبه المتهم بغير عمد قد يكون انحرافا عن قاعدة السلوك العامة ، فيعتبر خطأ مدنيا يستوجب الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة في الدعوى العمومية (١٢) .

وكذلك الحال إذا كان القصد الجنائي لا بد من اقترانه باستعمال طرق احتيالية لتوافر الخطأ الجنائي كما في جريمة النصب ، وحكم ببراءة المتهم لعدم استعماله طرقا احتيالية ، فإن مجرد الكذب الذي وقع منه يعتبر خطأ مدنيا يستوجب التعويض (١٣) .

١٠ — في جرائم الإهمال : أما إذا كان قانون العقوبات لا يشترط العمد في الجريمة ، بل يعاقب على ارتكابها بمجرد الإهمال ، فيبدو أول

(*) يراجع في تعريف الخطأ وضبط معياره بحثنا الذي تقدم نشره في ص ٣ وما بعدها .

(١٢) نقض جنائي ٣ يونيو ١٩٠٥ المجموعة ٧ — ٢٦ — ١٣ ، استئناف مخطوط ٢٣ أبريل ١٩٣١ (٤٣ ص ٣٦٧) ، ٢٠ فبراير ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٥٦) ، نشأت ص ٣٤٦ نبذة ٥٩٢ ، لازو نبذة ١٨١٨ ، جازو تحقيق جنائيات ج ٦ نبذة ٢٢٤٤ ونبذة ٢٣٥٥ أولا ، هيك ج ٨ ص ٤٣٨ .
(١٣) استئناف مخطوط ١٩ يونيو ١٩٣٩ الغازيت ٣١ — ٤٦ — ٣١ ، نشأت نبذة ٥٩٤ مكرر .

الأمر أن الخطأ الجنائي يتسع حتى يشمل الخطأ المدني فينتفى هذا بانتفاء ذلك ، ويمتنع الحكم بالتعويض مع الحكم بالبراءة . ولكن المسألة أدق من أن يكتفى فيها بهذه النظرة السطحية ، وهي في الواقع محل خلاف شديد طال عليه الأمد ولما ينحصر بصفة نهائية . وأهم مثال لذلك جرائم القتل والجرح خطأ المنصوص عنها في المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ ع (١٤) . فيحسن أن نستعرض بشأنها أحكام المحاكم وآراء الشراح .

١١ — أحكام المحاكم : جرت المحاكم الفرنسية والبلجيكية منذ وضع مجموعات القوانين في عهد نابليون على التمييز في حالة القتل والجرح خطأ بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني ، وأجازت الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة (١٥) .

واستمرت المحاكم البلجيكية على ذلك عدة سنوات بعد تعديل قانون العقوبات في سنة ١٨٦٧ ، ولكنها نبذت هذا الرأي في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي واعتبرت أن المادتين ٤١٨ و ٤٢٠ قد نصتا على جميع أنواع الخطأ بحيث يتعذر وقوع أى خطأ مهما كان يسيرا لا يقع تحت طائلتهما ، وعلى ذلك قضت بأن الحكم بالبراءة من تهمة القتل أو الجرح خطأ يفيد حتما انتفاء الخطأ المدني ويحول دون الحكم بالتعويض (١٦) .

(١٤) نصت المادة ٢٣٨ ع . على أن « من قتل نفسا خطأ أو تسبب في قتلها بغير قصد ولا قصد بأن كان ذلك ناشئا عن رهونة أو عن عدم احتياط وتحرز أو عن اهلل وتفريط أو عن عدم انتباه وتوق أو عن عدم مراعاة وانباع التلوائح يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه » . ونصت المادة ٢٤٤ ع . على ما يقرب من ذلك . وهاتان المادتان تقابلان المادتين ٢٠٢ و ٢٠٨ من قانون سنة ١٩٠٤ ، والمادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من القانون الفرنسي ، والمادتين ٤١٨ و ٤٢٠ من القانون البلجيكي المعدل في سنة ١٨٦٧ . انظر الموسوعة البلجيكية نبذة ١٩٣ .

(١٥) نقض فرنسي مدني ٩ يولييه ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٦ — ١ — ٣٣٤ ، وانظر فيما يتعلق بالنقض البلجيكي روتسائرت ص ٢٧٢ وقد اشار الى البانديكت البلجيكية في كلمة acquittement نبذة ٣٢٢ .

(١٦) انظر على الاخص نقض بلجيكي اول مارس ١٨٩٤ مسيري ١٨٩٥ — ٤ — ٢٠ ، بروكسيل ٢٧ فبراير ١٩٣٢ مسيري ١٩٣٢ — ٤ — ٢١ ، والموسوعة البلجيكية نبذة ١٩٣ .

أما المحاكم الفرنسية ، فقد ثبتت على رأيها الأول حتى سنة ١٩١٢ (١٧) . ثم انصرفت عنه هي الأخرى مقتفية أثر المحاكم البلجيكية ، فقررت أنه اذا برأت المحكمة الجنائية المتهم باحداث جرح خطأ ، فان القاضي المدني لا يستطيع أن يقضى للمصاب بتعويض دون أن يعتدى على حجية الشيء المحكوم فيه من المحكمة الجنائية (١٨) . ولكنها عادت الى رأيها السابق بين سنتي ١٩٢٤ و ١٩٢٦ في عدة أحكام أجازت القضاء بالتعويض بالرغم من الحكم بالبراءة (١٩) . غير أنه لوحظ على هذه الأحكام أن موضوعها جميعا أحكام جنائية صادرة من محاكم استثنائية ، كمحاكم التجارة البحرية والمحاكم العسكرية ، ولذلك لم يستغرب أن تعود محكمة النقض الفرنسية بعد سنة ١٩٢٦ الى نظرية استرقاق الخطأ الجنائي للخطأ المدني وعدم جواز القضاء بالتعويض مع الحكم بالبراءة (٢٠) ، الا أن قسما كبيرا من محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية لم ينضم الى رأى محكمة النقض في ذلك (٢١) .

(١٧) انظر نقض فرنسي (عرائض) ٣١ اكتوبر ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٥١١ .

(١٨) نقض فرنسي (مدنى) ١٨ ديسمبر ١٩١٢ و ١٢ يونيه ١٩١٤ دالوز ١٩١٥ — ١ — ١٧ ، ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٤ .
(١٩) انظر بيان هذه الاحكام في كتاب لالو نبذة ١٩ ، وفي لازو نبذة ٦٤٣ .

(٢٠) نقض فرنسي (عرائض) ١٦ يوليه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ وتعليق سافاتييه ، (مدنى) ١٥ يناير ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٤١ وتعليق سافاتييه ، ميري ١٩٣٠ — ١ — ١٧٧ وتعليق أسمان ، (مدنى) أول ابريل ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٧٦ . وانظر في تفصيل تطور القضاء في هذا الموضوع :

J. Bichot, La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris, 1932, p. 23 et s.

(٢١) انظر على الاخص باريس ٢٨ نوفمبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ١١٤ ، ليون ٢٤ يوليه ١٩٣٣ دالوز الاسبوعي ١٩٣٣ — ٥٥٢ ، بواتيه ٥ مارس ١٩٣٦ غازيت القضاء ١٩٣٦ — ١ — ٥٩٧ ، محكمة Epinal ١٤ يوليه ١٩٢٥ غازيت القضاء ١٩٢٥ — ٢ — ٦٢٩ والاحكام الاخرى التي اشار اليها لازو في نبذة ١٨٢٣ هامش ٤ ويبيسون في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٣ النهر الثاني .

وفي مصر قضت المحاكم بأنه اذا برأت المحكمة الجنائية المتهم من تهمة اصابة شخص خطأ ، فإن حكمها — باعتبار أنه لم يفصل الا في أمر انطباق أو عدم انطباق التهمة على أحكام قانون العقوبات — لا يحول دون بحث القاضى المدنى فيما اذا كانت الوقائع المنسوبة الى المتهم تعتبر شبه جنحة يترتب عليها مسئولية مدنية (٢٢) . وقد عللت ذلك محكمة الاسكندرية الأهلية باختلاف ماهية الخطأ أو الاهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية في حالة القتل خطأ (٢٣) ، وعللته محكمة استئناف مصر « بأن التقصير في ايجاب ضمان التلف يختلف في الدرجة عن الاهمال في ايجاب العقوبة على القتل أو الجرح الخطأ ، وان كانا من طبيعة واحدة ، وبأنه لا تناقض بين أن تجد المحكمة المدنية ما يوجب الضمان فيما لم تر المحكمة الجنائية محلا للعقوبة عليه » ، وبناء على ذلك قضت بأن مالك البناء يكون مسئولا اذا تصدع بناؤه باهماله فأثلف ملك جاره ، وأن هذه المسئولية المدنية لا ترتفع عنه ولو حكم ببرأته جنائيا من تهمة القتل الناشئة عن الاهمال (٢٤) .

غير أن محكمة النقض المصرية لم تر السير في هذا الاتجاه الذى اتجهته محاكمنا الابتدائية والاستئنافية والذى سارت عليه المحاكم الفرنسية قرنا كاملا ، بل أخذت تترسم الخطوات المترددة التى خطتها محكمة النقض الفرنسية منذ سنة ١٩١٢ ، فأخذت في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ بالرأى القائل بوحدة الخطأ الجنائى والمدنى في جرائم الاهمال وقالت في أسباب حكمها : « ومن حيث أن أساس الدعوى الحالية هو ما تنسبه الطاعنة الى المدعى عليه من تقديمه الى النجار قطعة خشب قديمة لم تتحمل الضغط حتى سقطت بالدعيرة وسببت الحادثة ، كما أنها تسند اليه خطأ آخر وهو سوء اختياره لذلك

(٢٢) طنطا استئنافية ١٣ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ — ١٤ — ١١ .

(٢٣) الاسكندرية الوطنية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ الحلة ١٠ — ٥٩٨ —

٢٩٨ .

(٢٤) استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ الحلة ٩ — ٣٨٠ — ٢١٢ .

النجار ، ولذلك فقد اعتبرته مسئولا بالمادة ١٥١ مدنى عن الخطأ الأول وبالمادة ١٥٢ عن سوء اختياره للنجار . ومن حيث انه يبين من الوجوع الى الحكم الجنائى . . . أن الخطأ الذى تنسبه الطاعنة للمطعون ضده هو نفس الأساس الذى قامت عليه الدعوى الجنائية ، وقد عرض الحكم الجنائى لهذا الخطأ غفاه نفيا باتا عن المطعون ضده . فاذا لوحظ أن المادة القانونية التى كانت النيابة تطلب تطبيقها هى المادة ٢٠٨ ع وأن نص هذه المادة عام يشمل الخطأ أيا كان نوعه ، فإن الحكم الجنائى يجب احترامه أمام القضاء المدنى ويتمين اذن عدم الالتفات الى هذا الشك من وجه الطعن » (٢٥) .

وها هى قد عادت تؤكد هذا المعنى من جديد فى حكمها الصادر بتاريخ ٨ مارس ١٩٤٣ موضوع هذا التعليق (٢٦) .

هذا هو الرأى الذى سبقت اليه المحاكم البلجيكية ، ثم اتبعت من بعدها محكمة النقض الفرنسية وأخيرا محكمة النقض المصرية . فهل أقره الشراح ؟

١٢ - آراء الشراح : شراح بعض الشراح الحديثين المحاكم فى رأيها الأخير ، وذهبوا الى أن صور الخطأ التى عينها قانون العقوبات ، وهى الرعونة وعدم الاحتياط أو التحرز والاهمال أو التفريط وعدم الانتباه أو التوقى وعدم مراعاة اللوائح تسع كل أنواع الخطأ فى جميع درجاته ، وكل تقصير مهما كان هينا يمكن أن يقع تحت طائل هذه

(٢٥) نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ - ٧٦١ - ٢٩٤ ، القانون والاقتصاد ١٠ - ٣ - ٣٧ - ١٢ (وبالنسبة للشك الثانى من الطعن قررت المحكمة أن النجار لا يعتبر تابعا للبالك) . وانظر أيضا نقض ٢١ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ - ١٧٥ - ٥١ . قلن عكس ذلك نقض جنائى ١٧ نوفمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ - ٤٦٨ - ١٨٥ .
(٢٦) راجع عبارات هذا الحكم فيها سبق ص ٩٦ وما بعدها .

العبارات الواسعة المعنى (٢٧) . فالقانون الجنائي بحاسب في هذه الحالة على الخطأ اليسير كما يحاسب عليه القانون المدني ، فليس ثمت مجال للتفرقة من حيث الدرجة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني . يضاف الى ذلك أن معيار تقدير كل من الخطئين واحد ، فكما أن الخطأ المدني يقدر بمعيار موضوعي — أي بمقارنة مسلك المدعى عليه بمسلك رجل متوسط اذا وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها المدعى بمسئوليته — فكذلك الحال في تقدير الخطأ الجنائي في جرائم الاهمال التي ترك المشرع فيها للقاضي تقدير الاهمال (٢٨) . ورتبوا على ذلك أنه اذا اتهم انسان بتهمة قتل أو جرح وقع خطأ — وتحددت في وصف التهمة الواقعة التي تكون ركن الخطأ غملا كان أو تركا — وقضى جنائيا ببراعته ، فليس للقاضي المدني بعد ذلك أن يرى في هذه الواقعة خطأ يبيح المسائلة المدنية لأن في ذلك مساها بالاحترام الواجب للحكم الجنائي (٢٩) .

غير أن الكثرة الغالبة من الشراح لا تزال ترى أن الخطأ الجنائي يختلف عن الخطأ المدني في جرائم الاهمال هذه كما في غيرها ، بالرغم من شمول ألفاظ القانون الخاصة بها — في الظاهر على الأقل — لكل صور

(٢٧) لاكوست نبذة ١١١ ، بلانيول وريبير واسبان ج ٦ ص ٩١٦ نبذة ٦٧٩ ، مازو نبذة ٦٤٠ وما بعدها ونبذة ٢١٤٩ ، كافاروك في تعليق على حكم ريوم ٦ مارس ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٤٠ ، جارو ج ٥ نبذة ٢٠٥٦ ، Nypels في حاشية قانون المقبولات البلجيكي المادة ٤١٨ ، Morel في سيري ١٩١٤ — ١ — ٢٤٩ وفي سيري ١٩٢١ — ١ — ١٧ ، مصطفى مرعي ص ٥١ نبذة ٥٦ ، سسلي مازن في مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٥٠ ، على بدوي في الجريمة سنة ١٩٣٨ ص ٣٨٠ ، القلبي في المسؤولية الجنائية سنة ١٩٤٥ ص ٢٢٦ .

(٢٨) مازو نبذة ٦٤٠ وما بعدها . والى هذا اشارت محكمة النقض في حكم ٨ مارس ١٩٤٣ عندما قررت أن كل خطأ مهما كانت جسامته يدخل في تناول المادة ٢٤٤ ع ، وأن الخطأ الجنائي المنصوص عليه في هذه المادة لا يختلف عن الخطأ المدني في أي عنصر من عناصره ، وأن معيار الخطأ ومقداره في الحالتين واحد (راجع ما تقوم في ص ٩٦ وما بعدها) .

(٢٩) هيك ج ٨ نبذة ٣٤٠ ص ٤٣٧ .

الخطأ الممكنة (٣٠) . ولذلك لا يرون تناقضا بين الحكم بالتعويض والحكم بالبراءة . ويعمل بعضهم ذلك بأن القانون الجنائي ، لا يتعرض الا للخطأ الجسيم الى حد ما ، أما في القانون المدني فيسأل الشخص عن الخطأ في كل درجاته (٣١) . ويستندون في ذلك الى أن المشرع الجنائي لو أراد غير ذلك لاكتفى باستعمال لفظ الخطأ كما استعمله القانون المدني ، ولما احتاج الى تعداد صور الخطأ التي تقع تحت طائلة العقاب ، تلك الصور التي يعتبرها شراح القانون الجنائي واردة على سبيل الحصر ، والتي

(٣٠) بارتان في الطبعة الخامسة من أوبري ورو ج ١٢ نبذة ٧٦٩ مكر ٤٧٠ هامش ١٨ في نهايته ، ديولومب ج ٣٠ نبذة ٤٢٧ ، باركاذه الطبعة الثانية ج ٥ ص ٢٠٩ ، جارسون في حاشيته على قانون العقوبات المادتان ٣١٩ و ٣٢٠ نبذة ١٩ ، فيسدال في شرح قانون العقوبات الطبعة السابعة بإشراف مانيول ، باريس سنة ١٩٢٨ ص ١٨٢ ، فندبييه دي غابر ص ٩٠١ ، رو ج ١ نبذة ٤٠ ، رو تعليق في سيري ١٩٢٧ - ١ - ٣٣ (النهر الثالث) ، ريبير تعليق ج دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٧ (النهر الاول) ، اسبان تعليق في سيري ١٩٢٤ - ١ - ٣٢٣ (النهر الثاني) ، وليمز في المجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء المجلد ١٩ ص ٤٠٥ ، سوردا في المسؤولية المدنية الطبعة السادسة ج ١ ص ٣٤٦ نبذة ٣٦٧ ثالث ، لايبورد لأكوست في المسؤولية الجنائية وعلاقتها بالمسؤولية المدنية رسالة دكتوراه بوردو ١٩١٨ ص ١٩٦ وما بعدها ، بريدوم في المجلة الانتقادية ١٩٢٥ ص ٢١٣ - ٢١٧ نبذة ٩ وما بعدها ، جان شمبيكت في الخطأ المدني والخطأ الجنائي باريس ١٩٢٨ ص ١٠٦ و ١٨٥ ، روتسلرث ص ٢٧٢ ، دي باج ج ٢ نبذة ٩٠٧ حرف ١ ، أحمد أمين في شرح قانون العقوبات ص ٣٧٠ ، أحمد نشأت في الاثبات نبذة ٥٩٤ ، محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى في شرح قانون العقوبات ج ١ ص ٣٦٤ ، شيرون وبوي ص ٧٠ فقرة ٣٣ .

Hébraud, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, thèse Toulouse, 1929, p. 480 ; Gros, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, thèse, Montpellier, 1928 ; Capitant, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1919-1920 p. 203 ; J. Loup, La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris, 1932, p. 37 et s.

وتعليقات دالوز على المادة ١٣٥١ نبذة ٢١٤٨ والمراجع المشار اليها فيها .
(٣١) أحمد أمين بك ص ٣٧٠ ، وبهذا التحليل اخذ حكم استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ السابق الإشارة اليه .

يفسرون ايرادها على هذا الشكل في قانون العقوبات الفرنسى عند وضعه في سنة ١٨١٠ — حيث لم يكن فيه لنظام الظروف المخففة شأن يذكر في النزول بالعقوبات عن حدها الأدنى — برغبة المشرع اذ ذاك في استبعاد تطبيق ذلك الحد الأدنى من العقوبات على بعض الصور الخفيفة من الخطأ (٣٢) . ويعلمه غيرهم بأن القاضى الجنائى لا صفة له في تقدير الواقعة الا من الناحية الاجرامية وبغية توقيع العقوبة ، فاذا قرر أن المتهم لم يرتكب خطأ ، فان ذلك لا يفيد قانونا سوى أن الأركان المكونة للجريمة التى يعاقب عليها القانون الجنائى لم تتوافر في هذه القضية . اذ أن الظرف الواحد قد لا يكون استجابا للعقوبة الجنائية واضحا بدرجة كافية ، ولكنه يبدو للقاضى المدنى — المكلف بفرض التمييز جزاء كل خطأ — كافيا لتبرير الحكم بتعويض مالى . ولذلك يجب أن يترك للقاضى المدنى كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع دون التقيد في ذلك بحكم القاضى الجنائى (٣٣) .

١٢ — ترجيح فكرة استقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى :
ونحن نرى هذا رأى الأخير أقرب الى الصواب ، ونعتقد أنه بالتأمل في الرأى الذى ذهبت اليه المحاكم أخيرا يتضح أنه تجاهل حقيقتين ثابتتين متعلقتين بطبيعة كل من الخطئين وبمراجع تقديرهما عند القاضى وأنه يؤدى الى نتائج لا تتفق مع مصلحة العدالة ولا مع المنطق القانونى .

(١) من حيث طبيعة كل من الخطئين المدنى والجنائى — انه من المسلم به أن الخطأ الجنائى في جرائم العمد يختلف في طبيعته عن الخطأ

(٣٢) انظر رو في تعليقه في مسرى ١٩٢٧ — ١ — ٣٤ ، فيدال ومانيول الطبعة السادسة نبذة ١٣٦ ، جارسون في حاشيته على قانون العقوبات على المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ نبذة ١٩ ، شوفو ونوستان هيلي الطبعة السادسة ج ٤ نبذة ١٤١٦ .

(٣٣) مودرا ج ١ ص ٣٤٦ نبذة ٣٦٧ ، ثالث ، وبهذا التعليل أخذ حكم طنطا ١٣ يناير ١٩٢٦ والاستكدرية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ السابق الاشارة اليهما .

المدني ، وأن الأول ينظر فيه إلى الناحية الإجرامية ومن حيث اضراره بالمجتمع ، ويكون جزاؤه عقوبة زلجرة رادعة ، في حين أن الثاني ينظر فيه من حيث اضراره بالفرد وإخلاله بالتوازن بين الذمم المالية ويكون جزاؤه إعادة هذا التوازن بتعويض مالي . فإذا اتسعت دائرة الخطأ الجنائي في جرائم الإهمال حتى شملت — من الناحية النظرية على الأقل — جميع صور الخطأ المدني وطابقت بذلك دائرة هذا الخطأ ، فإن التطابق لا يبرر بأي حال اغفال الفرق في طبيعة كل من الخطئين ، والقول بوحدة الخطأ .

(ب) ومن حيث مرجع تقديرهما عند القاضي — ان العقوبات التي يوقعها القاضي طبقاً لنصوص قانون العقوبات تدمج الشخص عادة بطابع الاجرام ، ولذلك أوجبت روح التشريع على القاضي الجنائي ألا يستعمل سلطته المطلقة فيما يتعلق بتقدير ثبوت الجريمة الا بمنتهى الحذر ، مع ترجيح جانب البراءة عند الشك . وبما أن أمر تقدير الخطأ متروك للقاضي ، فيجب عليه اذا تردد في وصف الفعل الذي وقع من المتهم بأنه خطأ يستوجب عقوبة أو انه ليس كذلك أن يرجح جانب البراءة على الادانة ويحكم بنفي الخطأ ، ولا سيما أن المجتمع ، وهو المجنى عليه ، يتأذى من عقاب شخص برىء أكثر مما يتأذى من تبرئة شخص مذبذب ليس ذنبه بدرجة من الوضوح كافية لاقتناع القاضي بشكل قاطع . أما الاتجاه العام في المسؤولية المدنية ، فعلى النقيض من ذلك ، اذ يرمى الى مساعدة المصاب وتسهيل حصوله على التعويض في كل الحالات التي يظل سببها مجهولاً لعدم قيام الدليل على خطأ الفاعل أو على أي سبب أجنبي معين (٣٤) . فالتشريع قد نص على اعتبار الشخص مخطئاً بمجرد وقوع الضرر من حيوانه أو من تابعه ، والمحاكم قد توسعت في فهم الواجبات القانونية تسهيلاً لتقرير وقوع الخطأ من المدعى عليه ، كما توسعت في استعمال القرائن القضائية وفي التسليم بوجود قرائن

قانونية (٣٥) ، فأصبح يصح القول بأن القاضى المدنى اذا وجد أقل شبهة على خطأ الدعوى عليه ، فإنه لا يتردد فى الحكم عليه بالتعويض ، فى حين أن القاضى الجنائى لو تشكك وجب عليه الحكم بالبراءة (٣٦) .

(ج) ومن حيث توفير المرونة اللازمة لتحقيق العدالة : فان القول بوحدة الخطأ الجنائى والخطأ المدنى لا يدع للنقاضى الا أن يختار بين أن يحكم بالإدانة والتعويض معا ، أو أن يحكم بالبراءة ورفض التعويض معا . شجعله ذلك أحيانا على رفض التعويض لأنه يستكثر الإدانة الجنائية ، وأحيانا أخرى على رفض البراءة لشعوره بأن العدالة تقتضى منح تعويض للمصاب . وليس من شأن ذلك أن يساعد على تحقيق العدالة على الوجه الأكمل . أما القول باستقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى وعدم التلازم بين المسئوليتين ، فإنه يتيح للقاضى حلا وسطا يستطيع أن يدرأ عن طريقه فى كثير من الحالات عيوب الطين المتطرفين .

فمثلا اذا تصدع بناء بأهمال مالكة فقتل أحد الجيران وأتلف ماله : ورأت المحكمة تبرئة المالك من تهمة القتل الناشئة عن الاهمال ، جاز لها بالرغم من ذلك الزام المالك بتعويض الضرر الذى أصاب الجار (٣٨) ، واذا كلف مالك نجارا بعمل معين وقدم له قطعة خشب قديمة لم تتحمل الضغط حتى سقطت بأحد السكان وسببت الحادثة ، أمكن المحكمة أن تلزم المالك بالتعويض دون أن تقضى عليه بعقوبة القتل الناشئة عن الاهمال (٣٨) ، وكذلك اذا ارتكب سائق سيارة حادثا بسبب انطفاء أنوار سيارته قبيل وقوع الحادث دون أن يفتن الى انطفائها ، فقد

(٣٥) انظر رسالتنا المذكورة أيضا ص ١٩ وما بعدها .

(٣٦) روتساررت ص ٢٧٤ ، وانظر كليبتن فى دالوز الاسبوعى ١٩٢٠ ص ٦١ ، اسبان فى تعليقه فى ميرى ١٩٢٤ - ١ - ٣٢٣ (النهر الثانى) .

(٣٧) انظر استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ السابق الإشارة اليه .

(٣٨) قارن نقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ السابق الإشارة اليه .

تتخرج المحكمة من توقيع العقوبة عليه ولكنها قد ترى العدالة في إلزامه بالتعويض .

ولا يصح أن يعترض على هذا الحل بأنه يؤدي الى مناقضة الحكم المدني للحكم الجنائي ، مادام مسلما بأن الخطأ الذي يفصل فيه كل من الحكمين يختلف عن الآخر في طبيعته وفي مرجع تقديره (٣٩) .

(د) ومن حيث ارتباط هذه المسألة بالمسألتين التاليتين : هنا سنرى أن المحاكم خالفت في المسألة الثانية منطق نظريتها ، واضطرت - بالرغم من تقريرها وحدة الخطأ المدني والخطأ الجنائي - الى التسليم ، حتى في حالة الحكم بالبراءة ، بجواز الحكم بالتعويض بنفاء على المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية المفترضة ، وعلت ذلك بأن سبب المسؤولية في هذه الحالات الأخيرة يختلف عن سببها في حالة المسؤولية العادية أي المبنية على خطأ ثابت ، ثم جرها ذلك الى النتائج التي رتبها على نظريتها في تعدد سبب المسؤولية عن الفعل الضار الواحد ، تلك النتائج التي سنرى أنه لا يمكن التسليم بها ، فضلا عن ارتكانها على

(٣٩) وقد أخذ بذلك المشرع البرتغالي في المادة ٢٥٠٥ مدني ونصها :

L'acquittement du prévenu par les tribunaux criminels ou correctionnels ne s'oppose pas à l'action en dommages-intérêts.

والمشروع الفرنسي الايطالي في المادة ٣٠٣ منه ونصها :

«La demande de dommages-intérêts en raison d'un préjudice causé par un acte illicite ne peut être écartée par l'exception de chose jugée résultant de la décision d'une juridiction répressive, qui, statuant exclusivement sur la question de culpabilité, aurait prononcé l'absolution ou l'acquittement de l'inculpé».

وكذلك واضعو مشروع تنقيح القانون المدني المصري في مذكرته الايضاحية ج ٢ المادة ٥٤٤ ص ٧٢٤ . وانظر ايضا فيما يتعلق بالقانون المقارن ديبوج ج ٤ نبذة ٥٩٠ وما بعدها .

أساس فاسد .

أما التمسك باستقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي ، فمن شأنه أن يؤدي غيما يتعلق بالمسألة الثانية الى ذات النتائج التي وصلت اليها المحاكم ولكن في غير مجافاة للمنطق ، وفيما يتعلق بالمسألة الثالثة الى النتائج الصحيحة التي يتعين على المحاكم الأخذ بها ، بدلا من تلك النتائج غير السليمة التي ما وصلت اليها الا لاستنادها غيما على ذلك الأساس الفاسد (٤٠) .

لذلك نرى أن استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي حقيقة ثابتة ولازمة في جرائم الإهمال كما في غيرها ، لأن هذين الخطئين — وان كان ظاهر نصوص قانون العقوبات قد يوحي الى الذهن أنهما لا يختلفان من حيث درجة كل منهما — يختلفان في طبيعتهما ، كما يختلفان عملا من حيث مرجع تقديرهما عند القاضي ، ولأن التمييز بينهما يكسب القضاء مرونة تساعد على تحقيق العدالة ، ويصلح أن يكون أساسا سليما تبني عليه المحاكم نتائج مقبولة بدلا من تلك النتائج المنتقدة التي أشرنا اليها (٤١) .

(٤٠) المسألة الثالثة فيها سيجيء من ١٢٤ وما بعدها .

(٤١) وفي هذا يتول J. Loup في كتابه في المسؤولية عن حوادث

السيارات ، باريس سنة ١٩٢٢ من ٣٧ و من ٢٨ .

La jurisprudence actuelle traduit un déséquilibre qui ne disparaîtra que lorsqu'elle sera revenue au système de la dualité des fautes— La doctrine la plus récente proteste, nous venons de le voir, contre les exagérations de la jurisprudence actuelle. Ces protestations s'adressent, en même temps qu'à l'identification des fautes pénale et civile, à l'atteinte trop grande que la jurisprudence porte à la liberté du juge civil par son système de l'autorité de la chose jugée.

واتظر في هذا المعنى أيضا Hébraud في كتابه في حجية الشيء المحكوم

فيه في الجنائي على المدني ، تولوز سنة ١٩٢٩ من ٤٨٥ .

١٤ - المسألة الثانية : أيجوز بعد الحكم بالبراءة في الدعوى العمومية القضاء بالتعويض بناء على المسؤولية التعاقدية أو على المسؤولية التبصيرية المفترضة / المواد ١٥١ غقرة ثانية و ١٥٢ و ١٥٣ مدنى قديم) .

لا شك عندنا في جواز ذلك طبقا للرأى الذى أخذنا به في المسألة الأولى ، لأنه إذا كان يجوز للمصاب بعد الحكم بالبراءة أن يقيم الدليل على وقوع خطأ مدنى من المدعى عليه ، فمن باب أولى يجوز له أن يتمسك قبله بالمسؤولية المفترضة أى التى تقع على عاتق المتسبب فى الضرر دون حاجة الى اقامة الدليل على خطئه (٤٢) .

أما الأخذ بما ذهب اليه المحاكم فى شأن المسألة الأولى ، فيؤدى منطقيا الى عكس ما نقول به فى هذه المسألة الثانية . ذلك أن حالات المسؤولية المفترضة ، بما فيها المسؤولية التعاقدية ، اما أن تعتبر حالات خطأ مفترض طبقا لرأى بعض الشراح ، واما أن تعتبر حالات خطأ ثابت وسببية مفترضة تبعا لرأى البعض الآخر (٤٣) . فان اعتبرناها مبنية على خطأ مفترض ، تعذر القول بجواز التمسك بها بعد حكم البراءة الذى يحمل فى ذاته الدليل العكسى على انتفاء الخطأ . وان اعتبرناها مبنية على خطأ ثابت وسببية مفترضة لم يختلف الحكم عن ذلك ، لأن نظرية وحدة الخطأ الجنائى والمدنى تحول دون القول بثبوت أى خطأ مدنى بعد نفي حكم البراءة للخطأ الجنائى .

١٥ - احكام المحاكم : غير أن هذا الاعتراض المنطقى لم يكن ليكف فى سبيل المحاكم ، وخصوصا بعد أن استقر القضاء فى فرنسا على الأخذ بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء وتوسع فيها استنادا الى المادة ١٣٨٤ غقرة أولى (٤٤) .

(٤٢) انظر روتسقرت ص ٢٧١ .
(٤٣) انظر رسالتنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٥ وما بعدها .
(٤٤) انظر المرجع السابق ص ٥١ .

فقد تعددت حوادث الآلات والسيارات ، وكثرت مطالبات المصابين فيها بحقهم في التعويض بعد الحكم ببراءة المتهمين فيها ، غقت محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٢٩ يولييه ١٩٢٤ الذى عممت فيه تطبيق المسئولية الناشئة عن الأشياء بأن هذه المسئولية يجوز الحكم بها بالرغم من صدور الحكم بالبراءة في الدعوى العمومية . ومنذ ذلك الحين أطررت الأحكام بهذا المعنى ، وقد عللت ذلك بأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ تختلف من حيث السبب عن المسئولية الجنائية وعن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ (٤٥) .

كذلك قضت المحاكم الفرنسية بأن المسئولية عن حوادث العمل طبقا لنشريع سنة ١٨٩٨ لا يحول دون تطبيقها صدور حكم ببراءة رب العمل من المسئولية الجنائية عن تلك الحوادث (٤٦) .

وطبقت ذلك أيضا على المسئولية التعاقدية في الحالة التي يكون فيها الالتزام التعاقدى التزاما بغاية لا التزاما بسعى وينشأ عن الإخلال به جريمة جنائية (كما في جرائم التبديد) ، فحكمت بأن تبرئة المتهم لا تحول دون الحكم عليه بالتعويض (٤٧) . ويمكن أن يقال مثل ذلك بالنسبة لمسئولية السيد عن أفعال تابعيه ، ومسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه عن فعل الحيوان .

وفي بلجيكا قضت المحاكم بأن حكم البراءة لا يحول دون الحكم بالتعويض على حارس الحيوان بناء على المسادة ١٣٨٥ (٤٨) ، أو على

(٤٥) عرائض ١٦ يولييه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٢٣ ، ٢٩ نوفمبر ١٩٢٢ غازيت القضاء ١٩٢٣ - ١ - ٢٤٤ ، معنى ٤ يناير ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ - ١٢٩ .
(٤٦) معنى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ - ٢ - ٩٦٠ .
(٤٧) عرائض ٢٣ مارس ١٩٢٥ مسرى ١٩٢٥ - ١ - ٣٦١ ، معنى ١٦ مارس ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ - ٢ - ٢٥ .
(٤٨) نقض بلجيكي ٢٣ مايو ١٩٢٢ بازيكرىزى بلج ١٩٢٢ - ١ - ٢٠٠ .

حارس الشيء المغيّب بناء على المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لأن سبب المسؤولية المدنية في هاتين الحالتين يختلف عن سبب المسؤولية الجنائية وعن سبب المسؤولية المدنية الجنية على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ (٤٩) •

وفي مصر قضت محكمة النقض بأن مالك الحيوان تجوز براعته في الدعوى العمومية لعدم ثبوت اهمال عليه في حراسة الحيوان ، بخير أن يحول ذلك دون الحكم عليه بالتعويض طبقاً للمادة ١٥٣ (٥٠) • وقضت في حكم ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ (٥١) ضمناً بمثل ذلك بالنسبة لمسئولية السيد: لأنها بعد أن قررت أن نص المادة ٢٠٨ ع عام يشمل الخطأ أياً كان نوعه ، وبعد أن استبعدت بناء على ذلك وقوع خطأ شخصي من المدعى عليه ، بحجت في مسئولية المالك باعتباره متبوعاً للعامل الذي ارتكب العمل الضار مباشرة ، وحكمت بانتفاء مسئولية المالك المدنية لانعدام علاقة التبعية بينه وبين هذا العامل •

وها هي في حكم أول لغسراير ١٩٤٣ (في قضية ابراهيم محمد هيبه) تقر ضمناً بجواز المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ بالرغم من صدور حكم البراءة ، لأنها لم ترفض التعويض على هذا الأساس الا لأن المصاب لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع اكتفاء منه بالاستناد الى المادة ١٥١ ، غلو أنه تمسك به لوجدت المحكمة نفسها مضطرة الى الحكم بموجبه اذا توافرت شروطه •

وكذلك غطت في حكمي أول مارس و ٨ مارس ١٩٤٣ بالنسبة للمسئولية التعاقدية ، اذ رفضت الحكم بموجبها لا لأن حكم البراءة يستتبع انتفاء الخطأ المدني ورفض التعويض ، بل لأن المدعى بنى دعواه

(٤٩) محكمة شارلروا ٢ أبريل ١٩٢١ مجلة التالين والمسئولية ١٩٣٣ —

• ١٣٣٦

(٥٠) نقض مصري جنائي ٢٣ أبريل ١٩٣١ المصلحة ١٢ — ٢٦٣ —

• ١٤٣

(٥١) السابق الاشارة اليه في الهامش ٢٥ •

على أساس المسؤولية التقصيرية ولم يتمسك أمام محكمة الموضوع بالمسؤولية التعاقدية . فيفهم من ذلك أنه لو تمسك بها في الوقت الملائم ، جاز الحكم له بمقتضاها إذا توافرت شروطها .

١٦ - آراء الشراح : وإنشراح - عن اختلاف مذاهبهم ، مجمعون على تأييد القضاء فيما ذهب إليه في هذا الموضوع (٥٢) .

غاماً الأكثرية التي تفرق مثلنا بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في جميع الأحوال ، فتعتبر جواز الحكم بالمسؤولية المفترضة بالرغم من صدور حكم بالبراءة نتيجة طبيعية لمنطقها ، ويكفيها ذلك عناء تبرير رأيها في هذه المسألة الثانية (٥٣) .

أما بقية الشراح ، فمنهم من يأخذ بهذا الرأي لأنه يذهب الى أن حالات المسؤولية المفترضة مبنية في الغالب على أساس من تحمل التبعة لا من الخطأ ، ويرى أن الحكم فيها بالتعويض على هذا الأساس لا يناقض الحكم الجنائي الذي نفى الخطأ (٥٤) . ومنهم من يأخذ بهذا الرأي باعتبار حالات المسؤولية المفترضة مبنية على خطأ مفترض ، أو على خطأ ثابت ولكنه خطأ من نوع خاص يختلف عن الخطأ العادي المنصوص عنه في المادة ١٥١ مدني وفي المادة ٢٤٤ ع ، ويقولون ان نفى حكم البراءة لهذا الخطأ العادي لا يتناقض مع الحكم بالتعويض بناء على ذلك الخطأ المدني المفترض أو الخطأ الثابت الخاص الذي تقوم عليه المسؤولية

(٥٢) انظر بلانويل وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٦٧٩ ، مازو نبذة ١٨٣١ وما بعدها ، لالو نبذة ٢٠ ونبذة ٧٥٠ ، جاردينا وريثي ص ٢٤١ نبذة ١٠٤ ، دي باج ج ٢ ص ٧٥٥ هابش ٤ ، جaro تحقيق جنليات ج ٦ نبذة ٢٣٥٦ ، شميدت في الخطأ المدني والخطأ الجنائي ص ١٥١ - ١٥٢ ، بران ص ٢٢٣ هابش ٣ في نهايته و ص ٢٣٩ هابش ٥ ، روتسارث ص ٢٧٦ ، مصطفى مرعي نبذة ٥٧ ، أحمد نشأت نبذة ٥٩٤ .

(٥٣) انظر روتسارث ص ٢٧٦ .
(٥٤) لالو نبذة ٢٠ ، توزان ص ١٦٨ وما بعدها ، ومن المعلوم ان نظرية تحمل التبعة لم تصانف نجاحا في المحاكم .

المفترضة (٥٥) • ومن هذا الفريق الأخير في مصر الاستاذ مصطفى
مرعى بك وفي فرنسا الأستاذان هنرى وليون مازو •

قال مرعى بك في هذا الشأن ، بعد أن قرر التلازم في جرائم
الاهمال بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني : « لكن مما تجب ملاحظته هنا
أن في القانون المدني حالات يفترض فيها الخطأ ابتداء ، أما في المسؤولية
الجنائية فلا يفترض الخطأ ولا بد من اثباته قبل المؤاخذه عليه • وفي هذه
الحالات لا تناقض بين الحكم المدني القاضي بالتعويض والحكم الجنائي
القاضي بالبراءة » ، ثم طبق ذلك على مسؤولية صاحب الحيوان ،
ومسؤولية السيد والمخدوم ، وأخيرا على مسؤولية الأب ومن في حكمه ،
حيث قال : « أما مسؤولية الأب المدنية ، فلا يلاحظ في وجوبها على الأب
أن يثبت في حقه تقصير في مراقبة ابنه وتربيته ، لأن هذا التقصير يفترضه
القانون بمجرد وقوع الخطأ من الابن ، ولا يخلص الأب من مسؤوليته
المدنية الا اذا أثبت أنه ما كان في وسعه أن يمنع الحادث الذي سبب
الضرر • ولهذا لا تناقض أيضا في أن يقضى جنائيا ببراءة الأب وأن يقضى
مدنيا بالزامه بالتعويض » (٥٦) •

ويلاحظ على هذه العبارة الأخيرة أنها اعتبرت طريق دفع المسؤولية
عن الأب مقصورا على قيام الدليل على أنه ما كان في وسعه أن يمنع
الحادث الذي ترتبت عليه المسؤولية ، في حين أنه من المسلم به أن الأب
يجوز له أيضا دفع هذه المسؤولية بنفى وقوع التقصير منه في مراقبة
ولده وتربيته (٥٧) • فإذا رفعت الدعوى العمومية على الأب بأنه أهمل
تربية ابنه أو مراقبته حتى ترتب على هذا الاهمال ارتكاب الابن جريمة
قتل أو جرح خطأ ، ثم قضى ببراءة الأب ، فكيف يمكن — مع الأخذ

(٥٥) مازو نبذة ١٨٣٢ وقرن J. Loup من ٢٠٣ •

(٥٦) مصطفى مرعى ص ٥١ وما بعدها نبذة ٥٧ في نهايتها •

(٥٧) أنظر مصطفى مرعى ص ١٦٧ ، ورسالتنا في نظرية دفع
المسؤولية المدنية ص ١١٨ •

بنظرية التلازم بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني - الحكم بالتعويض بناء على مسؤولية الأب المفترضة ، والقول بأن هذا الحكم لا يناقض حكم البراءة الذى نفى عن الأب كل تقصير فى مراقبة ابنه وتربيته ؟ ألا ان هذا لا يصح فى مثل هذه الحالة الا مع الأخذ بنظرية استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي التى نقول بها .

وقد تنبه الأستاذان مازو الى هذا الأمر . ففرقا بين مسؤولية السيد ومسؤولية رب العمل طبقا لقانون سنة ١٨٩٨ ومسؤولية حارس الأشياء والحيوانات من جهة - وبين مسؤولية الأب ومن فى حكمه من جهة أخرى ، وقالوا بجواز الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة فى الطائفة الأولى من أنواع المسؤولية المفترضة - أما فى النوع الأخير منها فقد قررا أن حكم البراءة اذا كان مبنيا على انعدام تقصير الأب فى تربية ولده ومراقبته فانه يحول دون الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية المفترضة . لأن هذه المسؤولية تدفع عادة باقامة الدليل على انتفاء الخطأ ، وقد قام هذا الدليل فى حكم البراءة ، فلا يستطيع التقاضى المدني أن يحكم بالتعويض إلا اذا ناقض هذا الحكم (٥٨) . وهذا الرأى يستقيم مع أصله فى نظرية التلازم بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني .

ويضيف الأستاذان مازو الى هذه الأنواع من المسؤولية المفترضة حالة المسؤولية التعاقدية ، ولكنهما يفرقان فيها بين المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالتزام تعاقدى ييذل عناية obligation de moyen وبين تلك التى تنشأ من عدم الوفاء بالتزام تعاقدى بالحصول على نتيجة معينة obligation de résultat ، ويريان أن الأصل فى الحالة الأولى أن يقيم الدائن الدليل على وقوع اهمال من المدين ، فاذا كان حكم البراءة قد نفى وقوع الاهمال من المدين ، فلا

(٥٨) مارو نبذة ١٨٣٢ ، وانظر ايضا فى هذا المعنى بيرسون ودى نيليه

محل بعد ذلك للحكم عليه بالتعويض بناء على مسئولينه التعاقدية . أما في الحالة الثانية ، فليس مطلوباً من الدائن أن يثبت إهمال المدين ، بل يكفي منه بأن يثبت تخلف النتيجة المتعهد بها ، فيحكم له بالتعويض ، ولذلك لا يكون حكم البراءة مانعاً من الحكم بالتعويض إذ لا تناقض بينهما (٥٩) .

وظاهر أن هذه التفرقة التي يقول بها الأستاذان مازو بين حالتى المسئولية التعاقدية وما يرتبانه عليها في هذا الموضوع تستقيم أيضاً مع الأصل الذى صدر عنه — أى مع نظرية التلازم بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى . أما في نظرية استقلال الخطئين ، فلا محل لهذه التفرقة ، إذ يجوز — بالرغم من البراءة — التمسك بالمسئولية التعاقدية في جميع الأحوال ، كما يجوز التمسك بالمسئولية التقصيرية المفترضة في جميع صورها أيضاً ، لأن هذه النظرية لا ترى تناقضاً بين الحكم بالبراءة لانعدام الخطأ الجنائى وبين الحكم بالتعويض المدنى .

ومتى تقرر أن حكم البراءة لا يمنع على الأقل من الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية وعلى أساس المسئولية التقصيرية المفترضة ، بقى علينا أن نعرف ما إذا كانت المحكمة التي تنتظر في الدعوى المدنية تستطيع من تلقاء نفسها أن تبني الحكم بالتعويض على أساس آخر غير المسئولية الجنية على ثبوت خطأ شخصي إذا كانت الدعوى لم ترفع الا على هذا الأساس الأخير ، وهذا يقتضى منا البحث في تعيين ما يعتبر سبباً في دعوى المسئولية المدنية .

١٧ — المسألة الثالثة — تعيين السبب في دعوى المسئولية

المدنية (٦٠) :

رأينا أن أحكام محكمة النقض المصرية موضوع هذا التعليق قررت

(٥٩) مازو نبذة ١٨٢٥ .

(٦٠) راجع ص ٩٢ وما بعدها .

أنه إذا رفعت دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ شخصي ثابت لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بالتعويض على أى أساس آخر كالمسؤولية التعاقدية أو مسؤولية السيد عن فعل تابعه ، لأن المطالبة بالتعويض المبنية على المادة ١٥١ فقرة أولى تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ أو على أساس المسؤولية التعاقدية ، وليس للمحكمة أن تغير من تلقاء نفسها السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها ، والا تكون قد جاوزت سلطتها وحكمت بما لم يطلبه منها الخصوم (٦١) .

وقد يبدو غريبا أن يثار هذا الموضوع فى ثلاثة أحكام تصدر من محكمة النقض فى أقل من أربعين يوما ، وألا نجد له أثرا يذكر قبل ذلك فى أحكام المحاكم المصرية . غير أنه يلاحظ أن إثارة هذا الموضوع كانت نادرة أيضا فى القضاء الفرنسى قبل أن تستقر أحكام المحاكم على الأخذ بمبدأ المسؤولية الناشئة عن الإثشاء وتعميمه على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى . أما بعد ذلك فقد كثر عرض الأمر على المحاكم لتفصل فيما إذا كانت المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ .

١٨ — نظرية المحاكم ونتائجها : وقد رأينا أن المحاكم الفرنسية والمحاكم البلجيكية — بعد أن قررت وحدة الخطأ المدنى والخطأ الجنائى فى جرائم الإهمال — أجازت الحكم بالتعويض على أساس المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ باعتبار أن سبب المسؤولية فى هذه الحالة يختلف عن سببها فى حالة المادة ١٣٨٢ (٦٢) . فالسبب فى نظر هذه المحاكم هو النص القانونى الذى يستند اليه المدعى فى المطالبة بحقه فى التعويض (٦٣) .

(٦١) انظر تعليقا على حكم آخر فى الموضوع ذاته فيما يلى ص ١٦٢
نشر فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ١٩٥٣ العدد الرابع ومسىء
أيضا فى ص ٧٤ .

(٦٢) راجع ص ١١٩ وما بعدها .
(٦٣) انظر مع ذلك نقض فرنسى مدنى ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — =

وقد رتبته المحاكم على هذا النظر النتائج الآتية (٦٤) :

(١) انه اذا بنى المدعى دعواه على أساس المادة ١٣٨٢ باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن خطأ شخصي ممكن اثباته . فلا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تغير سبب المسؤولية وتحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية (المادة ١١٤٧) (٦٥) ، أو على أساس المسؤولية المفترضة باعتبار المدعى عليه حارساً للشيء (المواد ١٣٨٤ فقرة أولى و ١٣٨٥ و ١٣٨٦) (٦٦) ، أو مسئولاً عن فعل غيره (المادة ١٣٨٤) ، وكذلك اذا بنى المدعى دعواه على أساس المادة ١٣٨٦ باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن وجود عيب في البناء الذي تهدم أو نقص في صيانته ، لا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى باعتبار المدعى عليه حارساً للشيء دون حاجة لاثبات عيب البناء أو النقص في صيانته ، لأنها ان فعلت ذلك جاوزت سلطتها اذ تحكم في دعوى جديدة غير التي رفعت اليها . وتقضى بما لم يدّله الشخص *ultra petita* ويكون حكمها بذلك قابلاً للطعن فيه عن طريق التماس إعادة النظر (٦٧) .

= ١ - ٢٠٦ ، عرائض ٢٩ بوليه ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٢٧٥ ، ٢١ أكتوبر ١٩٢٤ دالوز الاسبوعي ١٩٢٤ - ٦٣٩ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٨ - ١ - ٣٩٤ ، دوييه ١٦ ديسمبر ١٩٢٤ غازيت القضاء ١٩٢٥ - ١ - ٤٢٧ ، باريس ٩ أبريل ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ - ٢ - ٢٤٨ . حيث اخذت هذه الاحكام بوحدة السبب في دعاوى المسؤولية الناشئة عن فعل ضار واحد .

(٦٤) انظر مقال كابتان في دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ ص ٦١ :

Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses.

وانظر رد جوسران عليه في دالوز الاسبوعي ١٩٣١ ص ٦٩ :

La doctrine contre la jurisprudence : Sur le problème de la responsabilité du fait des choses inanimées.

(٦٥) باريس ٢٠ أبريل ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ٢ - ١٢ .

(٦٦) نقض فرنسي (مدني) ٢٥ مارس ١٩٢٤ سري ١٩٢٤ - ١ -

١٣ غازيت القضاء ١٩٢٤ - ١ - ٧٥٤ ، ٢١ نوفمبر ١٩٢٣ غازيت القضاء

١٩٢٤ - ١ - ١٥١ .

(٦٧) نقض فرنسي (مدني) ٨ يناير ١٩٢٤ سري ١٩٢٤ - ١ - ١٣ .

(٢) ان المدعى اذا بنى دعواه أمام محكمة أول درجة على المادة ١٣٨٢ ، لا يجوز له أن يغير أساس دعواه أمام محكمة ثان درجة بأن يطلب منها لأول مرة الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية المفترضة (٦٨) ، لأن ذلك يعتبر طلبا جديدا ، أو بمعبارة أخرى دعوى جديدة مبنية على سبب يختلف عن سبب الدعوى الأولى فلا يجوز التقدم به لأول مرة الى المحكمة الاستثنائية ، بخلاف أوجه الدفاع الجديدة *moyens nouveaux* فانها يجوز التمسك بها لأول مرة في الاستئناف .

ومن باب أولى لا يجوز التمسك بقواعد المسؤولية المفترضة لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٣) انه اذا قضى برغض طلب التعويض المبني على المادة ١٣٨٢ بحكم نهائي ، فان هذا الحكم لا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة لدعوى جديدة يرغمها نفس المصاب عن ذات الفعل الضار اذا كانت هذه الدعوى الجديدة مبنية على أساس المسؤولية التعاقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسؤولية المفترضة (٦٩) .

(٦٨) سواء اكان الطلب الجديد هو تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية (باريس ٢٦ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٢٣٥ ، وانظر مع ذلك عكسه في نقض مدني ٦ يونيو ١٩٢٣ سري ١٩٢٢ — ١ — ٢٦٠ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٤) أم تطبيق قواعد المسؤولية الناشئة عن الاشياء (ليموج ٥ يونيو ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٣٧ وطع *Gavarroc* ، كولمار ٢٢ ابريل ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٢٥١ ، نقض مدني ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٨ سري ١٩٢٧ — ١ — ٢٦٥ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٣١٠ ، عرائض ٢٣ نوفمبر ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٩٣٠ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ وتعليق بيسون) أم تطبيق مسؤولية السيد عن فعل تابعه (محكمة Pau أول يونيو ١٨٩٦ سري ١٨٩٧ — ٢ — ٣٠٨ ، Aix ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٤٤) . وانظر أيضا استئناف مخطط ٧ مايو ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٥٨) المحللة ١٧ — ١٢٥٤ — ٦٣٥ .

(٦٩) نقض فرنسي عرائض ١٦ يولييه ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨ — ٤٧٧ دالوز الدوري ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ وتعليق سلفاتيه وغازيت القضاء ١٩٢٨ — ٢ — ٣٧٠ ، مدني ٢٩ فبراير ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨ — ٢٢٢ .

(٤) ان المصاب اذا داللب بالتعويض أمام المحاكم المدنية بناء على المسؤولية التعاقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسؤولية المفترضة ، فان قاعدة *Una electa via non datur recursus ad alteram* لا تحول دون استعمال حقه فى رفع دعوى الجنحة المباشرة والادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية بناء على المادة ١٣٨٢ ، لأن هذه القاعدة لا تنطبق الا اذا كانت الدعوى المرفوعة الى المحاكم المدنية مبنية على المادة ١٣٨٢ . أما اذا بنيت الدعوى على المادة ١٣٨٤ أو غيرها من أحوال المسؤولية المفترضة ، فتهتبر دعوى مختلفة من حيث سببها عن تلك التى تقررت من أجلها القاعدة المذكورة (٧٠) .

(٥) انه اذا كون الفعل الضار جريمة جنائية ، فلا تسقط بسقوط الدعوى العمومية الا الدعوى المدنية المبنية على المادة ١٣٨٢ . أما دعوى المسؤولية التعاقدية وغيرها من دعاوى المسؤولية المفترضة فلا تسقط الا بمضى ثلاثين سنة طبقا للقاعدة العامة (٧١) .

هذه هى النتائج التى رتبته المحاكم الفرنسية على ما ذهبت اليه فى اختلاف سبب المسؤولية المدنية تبعاً لاختلاف النص الذى تستند اليه . وهى نتائج يؤدى اليها حتماً ما قررته محكمتا العليا أيضاً فى أحكامها الثلاثة موضوع هذا التعليق .

١٩ — نقد هذه النتائج : ونلاحظ بادئ الأمر على ذلك أن النتيجة الأخيرة — وهى خاصة بالقانون الفرنسى دون القانون المصرى — هى الوحيدة التى يمكن التسليم بها فى ذاتها مع شئ من التحفظ . ومع ذلك فان تطبيقها بنظرية تعدد سبب المسؤولية ليس ضروريا ولا صحيحا على اطلاقه .

(٧٠) باريس ١٦ أبريل ١٩٣٠ غازيت القضاء ٢٢ يونيه ١٩٣٠ .
(٧١) نقض (مدنى) ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٨ ،
! عرائض (يونيه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ وتعليق سلفاتييه .

فأما عدم ضرورته ، فلأن اختلاف الحكم بالنسبة لكل من الدعويين المدنية والجنائية من حيث السقوط بمضى المدة يمكن ترتيبه على عدم توغر الحكمة التي من أجلها تقرر ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى العمومية في هذا الشأن — وهي عدم السماح باثبات وقوع جريمة جنائية أمام المحكمة المدنية بعد أن تكون الدعوى العمومية الخاصة بها قد سقطت (٧٢) — إذ أنه من الواضح أن هذه الحكمة تتوشر في دعوى المسؤولية المدنية على خطأ ثابت ولا تتوفر في دعاوى المسؤولية المفترضة. لأن الحكم بالتعويض في هذه الدعاوى الأخيرة لا يقتضى اثبات وقوع جريمة جنائية كما في الحالة الأولى ، واذن لا يكون ثمت مانع من استعمال هذه الدعاوى حتى بعد سقوط الدعوى العمومية ، دون حاجة الى تبرير ذلك باختلاف السبب في هذه الدعاوى عن السبب في دعوى المسؤولية التصريية الشخصية (٧٣) .

وأما عدم صحته ، فلأنه يؤدي الى عدم سقوط دعوى المسؤولية التعاقدية بسقوط الدعوى العمومية ليس فقط في حالة الاخلال بالتزام بغاية obligation de résultat كالتزام متعهد نقل الركاب مثلاً ، بل أيضاً في حالة الالتزام ببذل عناية obligation de moyen كالتزام الطبيب بعلاج المريض (٧٤) ، مع أن البحث في المسؤولية المدنية في هذه

(٧٢) جارو مختصر القانون الجنائي نبذة ٣٣٩ ، ديوج ج ٤ نبذة

٥٧٢ .

(٧٣) انظر في هذا المعنى مازو نبذة ٢١٠٥ ، بيسون في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٣ ، J. Loup ص ١١٩ . كذلك تقول المحاكم أن الدعوى العمومية لا تنف الدعوى المدنية المدنية على المادة ١٣٨٤ لاختلاف السبب . ولكن الواقع أن علة الوقف ليست في اختلاف السبب بل في الرغبة في تنادي التعارض . وهذا وحده هو الذي يفسر وقف الدعوى المدنية على المادة ١٣٨٢ دون الدعوى المدنية على المادة ١٣٨٤ (انظر في هذا المعنى مازو نبذة ٢١٠٤ Cavarroc في تعليقه على حكم استئناف ريوم ٦ مارس ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٣٨) .

(٧٤) انظر نقض فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ١٦٦ وتعليقنا في القانون والاقتصاد ٧ ص ١٦٦ .

الحالة الأخيرة يقتضى اثبات التقصير الذى يمكن أن يكون جريمة جنائية،
فيجب ألا يسمح به بعد سقوط الدعوى العمومية (٧٥) •

أما النتيجتان الثالثة والرابعة ، فهما تنطقان بفساد النظرية التى
تؤدى اليهما ، اذ يترتب عليهما أن المصاب يستطيع أن يصل الى
التعويض عن الضرر الواحد عدة مرات ، فيصبح الفعل الضار مورد ثراء
كبير له فى حين أن القانون لم يرتب على هذا الفعل الا واجب اصلاح
الضرر المباشر فقط • ألا يكون ذلك نتيجة منطقية للقول بأن رفع دعوى
المسئولية المفترضة أمام المحكمة المدنية لا يمنع المصاب من رفع الدعوى
المباشرة أمام المحكمة الجنائية ؟ وما الذى يمنع المصاب فى هذه الحالة من
الحصول على حكمين بالتعويض ، وبماذا يمكن أن تدفع دعواه التى يتأخر
الفصل فيها بعد الحكم له بالتعويض فى الدعوى الأخرى ؟ ألا يكون من
حقه أن يتمسك بأن الدعوى الثانية تختاف عن الأولى من حيث السبب
وأن يحصل فيها على حكم آخر بالتعويض غير الحكم الأول ؟ واذا كان
الحكم القاضى برفض التعويض فى دعوى المسئولية التقصيرية الشخصية
لا تثبت له حجية الشئ المحكوم فيه بالنسبة لدعوى التعويض عن الضرر
ذاته على أساس المسئولية المفترضة ، فما الذى يمنع المدعى من انكار
هذه الحجية حتى بالنسبة للحكم الذى قضى له فى الدعوى الأولى
بالتعويض ليتمكن بذلك من الحصول فى الدعوى الثانية على حكم آخر
بالتعويض ؟

وقد نبه كايبتان الى الخطر الذى يمكن أن يترتب على هذه النتيجة
فيما يتعلق بالدعاوى التى رفعت على أساس المسئولية عن الخطأ الثابت
فى الثلاثين عاما السابقة لاعتماد مبدأ المسئولية الناشئة عن الأخطاء
وانتهت بالحكم فيها برفض التعويض ، فقال ان أصحاب هذه الدعاوى
جميعا أصبح يجوز لهم — طبقا لمنطق المحاكم — أن يطلبوا بالتعويض

من جديد بناء على المادة ١٣٨٤ فقرة أولى دون أن يمكن الاحتجاج عليهم
بسبق الفصل في دعاوهم لأن الدعاوى الجديدة تختلف عن السابقة من
حيث السبب (٧٨) .

أما النتيجتان الأولى والثانية ، فقد يبدو أول الأمر أنهما لا تثيران
كثير اعتراض ، ولكنهما في الواقع تفترضان التسليم بالنتيجة الثالثة
— أى عدم حجية الحكم الصادر في دعوى المسؤولية المبنية على خطأ ثابت
بالنسبة لدعاوى المسؤولية المقترضة — إذ أن القول بأن المحكمة لا تملك
أن تغير من تلقاء نفسها الأساس الذى تبني عليه المسؤولية ، وبأن المصنوب
لا يجوز له أن يغير هذا الأساس فى الاستئناف لأول مرة ، يستلزم عدالة
أن يكون الباب مفتوحا أمامه لرفع دعوى أخرى على الأساس الجديد
الذى رآه ، والا نكون قد عدنا بالقانون القهقرى الى العصور التى كانت
الشكليات فيها تسيطر على مصير الدعاوى الى حد أن كان المدعى يضع
عليه حقه لجرد أى خطأ منه فى القيام بالمراسم الواجبة أو فى استعمال
اللفاظ المقررة .

لذلك يبدو لنا أن قضاء المحاكم فى هذه المسائل جميعا غاسد من
أساسه ولا يمكن التسليم بنتائجه العملية ، ويقتضى الأمر ضرورة تعيين
ما يعتبر سببا فى دعوى المسؤولية المدنية ، ولا سيما أننا باستقراء حيثيات
الأحكام يظهر لنا جليا أن المحاكم اكتفت فى الغالب بتقرير مبدأ اختلاف
السبب تبعا لاختلاف النص الذى تبني عليه المسؤولية كأنه مبدأ أولى
مسلم به لا يحتاج الى اقامة الدليل عليه ولا الى بيان سنده من القانون .

٢٠ — آراء الشراح : أما الشراح ، فمنهم من اكتفى بمعرض
أحكام المحاكم ، والقليل من هؤلاء من أيدها . ومنهم من انتقد نتائجها .
ومنهم من هاجم نظرية تعدد السبب فى المسؤولية المدنية من أساسها وبين

(٧٨) راجع كليتان فى مقاله سلف الذكر ، وانظر فى هذا المعنى أيضا
يسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٤ .

خطأها وأثبت أن السبب في دعاوى المسؤولية واحد مهما اختلفت النصوص التي تبني عليها هذه الدعاوى ورتب على هذه النظرية الجديدة عكس النتائج التي رتبها المحاكم على نظريتها •

٢١ — أنصار نظرية تعدد السبب : فالشايعون للمحاكم الذين يؤيدون نظرية تعدد السبب في المسؤولية المدنية بينهم فريق من أنصار تأسيس المسؤولية في جميع الأحوال على الخطأ ، وهؤلاء يبدأون بتعريف سبب الدعوى بأنه الواقعة القانونية التي يترتب عليها نشوء الحق المدعى به ، ويقولون ان مصدر الحق في التمييز هو الخطأ الذي نشأ عنه الضرر ، وان القانون قد نص على الخطأ بوجه عام في المادة ١٣٨٢ ونص على أخطاء خاصة في المواد ١٣٨٤ وما بعدها بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ، وفي المادة ١١٤٧ بالنسبة للمسؤولية التعاقدية ، فيعتبر كل من هذه الأخطاء ، بل كل من هذه النصوص ، سببا متميزا للمسؤولية المدنية (٧٧) • وبينهم فريق من أنصار تأسيس المسؤولية المقترضة على

(٧٧) انظر بيرسون ودي غيليه ج ٢ ص ١٧٦ ، والموسوعة البلجيكية نبذة ٢٣ ، واوبري ورو ج ١٢ نبذة ٧٦٩ ص ٤٤٠ هلمش ٨٦ حيث يقولان :

«La cause de l'action ou de l'exception ne consiste pas dans le droit ou le bénéfice même qu'il s'agit de faire valoir, mais dans le principe générateur de ce droit ou de ce bénéfice».

وانظر كتاب Van Ryn في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية

سنة ١٩٣٣ حيث يقول في ص ٢٥١ :

«La cause d'une action en justice comprend deux éléments également essentiels : 1° un ensemble de faits matériels ; 2° une disposition de droit objectif qui donne à ces faits une portée juridique, celle de former le titre d'une prétention en justice».

وانظر ايضا تعليقا للاستاذ André Le Palge على نقض بلجيكي ١٨

سبتمبر ١٩٣٠ في مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٢ نهر ٦٧ نبذة ٩ ، ومقال له بالاشتراك مع Van Yyn في المجلة العامة للتأمين والمسؤولية العدد ٨٤٩ عنوانه :

Les demandes fondées sur les articles 1382 et 1384 et. 1er, ont-elles la même cause ?

نظرية تحمل التبعة ، يقولون ان هذا النوع من المسؤولية مختلف عن المسؤولية المبنية على خطأ ثابت ولا يقوم الا بنص المشرع عليه في كل حالة على حدة ، فيعتبر النص الخاص في هذه الحالة هو السبب في دعوى المسؤولية ، وهذا السبب متمييز عن سبب المسؤولية المبنية على خطأ ثابت (٧٨) .

ولكن لما كلفنا من الثابت أن المحاكم لم تأخذ بنظرية تحمل التبعة ، فلا يمكن أن تستند إليها في تبرير نظريتها في تعدد سبب المسؤولية . أما تحليل هذه النظرية الأخيرة بأن سبب المسؤولية هو الخطأ الذي ترتب عليه الضرر ، وأن المسؤولية تتعدد أسبابها تبعاً لتعدد الأخطاء ، فقد رأينا فساد النتائج التي يؤدي إليها ، ونضيف إلى ذلك أنه إذا اتهم سائق سيارة مثلاً بتهمة القتل خطأً لتجاوزه حد السرعة القانونية وبريء من تهمة ولكن ثبت أنه لم يستعمل آلة التنبيه لتحذير المارة أو لم يكن يضيء أنوار السيارة ليلاً ، فإن منطق هذه النظرية يقضى برفض طلب التعويض المبنى على تجاوز السرعة ولا يسمح للمحكمة أن تحكم بالتعويض على أساس الخطأ في عدم تحذير المارة أو في عدم إضاءة الأنوار مادام المدعى لم يتمسك بهذه الأخطاء ، على أن يكون حق المدعى محفوظاً في رفع دعوى جديدة بكل واحد من هذه الأخطاء . ولكن المحاكم خالفت في هذه الحالة منطق نظريتها وسمحت لنفسها بتغيير أساس المسؤولية المدنية وحكمت من تلقاء نفسها بالتعويض بناءً على أخطاء أخرى غير التي تمسك بها ورثة المصاب (٧٩) . فكان هذا دليلاً آخر على فساد الرأي القائل

(٧٨) أنظر Tauzin في رسالته

Un exemple de «socialisme juridique» en matière de responsabilité du fait des choses.

باريس ١٩٢٨ ص ١٦٦ وما بعدها ، لالو نبذة ٢٠ ، سافاتييه في تعليقاته في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ و ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ ، Bichot في رسالته :

L'autonomie de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses.

باريس ١٩٢٢ ص ١٠١ وما بعدها .
(٧٩) استئناف دوييه ٢٥ نوفمبر ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — =

بتعدد اسباب المسؤولية تبعاً لتعدد الأخطاء المتسببة في الضرر .

٢٢ — انصار نظرية وحدة السبب : وقد هالت نتائج هذا الرأي الأستاذ جوسران ، فقال أذن يراد بنا أن نسخر جميع نصوص القانون لمصلحة المصاب يستعملها على التوالي ، فلا ينتهي من دعوى مستندة الى نص معين حتى يعمد الى أخرى مبنية على نص غيره ، وهكذا تتعدد المنازعات ولا تنتهي عند حد ، خلافا لما قصده المشرع من تقرير قاعدة حجية الشيء المحكوم فيه : (٨٠) ، ثم عمد هذا العلامة الى تعريف السبب في دعوى المسؤولية بأنه الواقعة القانونية التي ينشأ منها الحق في التعويض أو بمعبارة أخرى هو الحادث الضار أى الفعل المادى الذى نشأ عنه الضرر (٨١) ، بل هو الضرر ذاته الذى لحق المصاب (٨٢) ، والضرر

= ١٤١ ، وانظر أيضا مازو نبذة ٢٠٩٨ ونشأت بك نبذة ٥٩٣ والاحكام التى اشار اليها كل منهما . محمد سامى مازن فى القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٤٩ . (٨٠) انظر مقال جوسران السابق الاشارة اليه فى دالوز الاسيوى : ١٩٣ ص ٧١ ، وقد انتقد هذه النتائج أيضا بلانيسول وريبير واسمان حيث تناولوا فى ج ٦ نبذة ٦٧٧ و ٦٧٩ :

«... Ces solutions sont regrettables en ce qu'elles multiplient les procès. Elles ne paraissent pas nécessaires pour éviter qu'on soit condamné sans avoir pu se défendre. En fait le défendeur en responsabilité s'efforce presque toujours de prouver qu'il n'a pas été fautif et par là se défend contre les présomptions de faute. On peut exiger qu'il le fasse et ne se borne pas à une attitude purement passive. Il convient d'exiger aussi du demandeur qu'il présente dans un seul procès toutes ses prétentions— La jurisprudence a simplement profité de la technique pour écarter l'obstacle apporté à une condamnation civile par sa théorie de la chose jugée».

وفى هذا المعنى أيضا تطبيق Chavegrin فى سبرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٢١ .

(٨١) وانظر فى هذا المعنى أيضا تعليق بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ النهر الاول ، وعارن على زكى العرابى (باشا) تحقيق الجنايات ج ١ ص ١١٦ .

واحد لا يتغير باختلاف الوسائل التي يلجأ إليها المصاب للحصول على حقه في التعويض .

وقد ذهب النائب العام البلجيكي Leclercq صاحب نظرية الخطأ المادى (٨٣) الى أبعد من ذلك ، فلم يقف عند حد اعتبار الضرر هو السبب في دعوى المسؤولية ، بل قال انه الحق الذى حصل الاضرار به le droit lésé (٨٤) ، وذكر أن محكمة النقض البلجيكية أخذت بذلك في حكمها الصادرين بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٢٧ و ١٨ سبتمبر ١٩٣٠ (٨٥) .

وأخذ العالمان هنرى وليون مازو برأى النائب العام البلجيكي ورتبا عليه نتائج (٨٦) .

وخصم Yves Brochen رسالة للدكتوراه لبحث فكرة السبب لقانونى في دعاوى المسؤولية المدنية (٨٧) ، خلص منها الى القول بأن سبب دعوى المسؤولية ليس هو الضرر ولا الحق الذى حصل الاضرار به ، وانما هو مجرد المساس بالحق .

«...La violation du droit envisagée comme notion abstraite et compréhensive, qui engloberait les fautes génératrices.

(٨٢) وانظر في هذا المعنى ايضا بلانينول وريبير المختصر ج ٢ نبذة ٥٤ بكرة ، جارو المختصر في القانون الجنائى نبذة ٣٠١ ، وحكم محكمة السين ٢٥ يولييه ١٩٣٢ دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ — ٥٢٤ .

(٨٣) انظر مذكرته تحت نقض بلجيكي ٤ يولييه ١٩٢٩ بازيكرىزى ١٩٢٩ — ١ — ٢٦١ ، وتعليقه على نقض ٢٣ يونيه ١٩٣٢ بازيكرىزى ١٩٣٢ — ١ — ٢٠٠ ، وعرض نظريته في دى باج ج ٢ نبذة ٩٢٥ .

(٨٤) انظر مذكرته تحت نقض بلجيكي ١٧ نوفمبر ١٩٢٧ بازيكرىزى ١٩٢٨ — ١ — ١٣ .

(٨٥) انظر تعليقه على نقض ٢٣ يونيه ١٩٣٢ السالف ذكره ، وقد اورد بيرسون ودى فيليه فقرات مطولة من هذا التعليق في كتابيهما ج ٢ ص ١٧٤ و ص ١٧٥ .

(٨٦) مازو نبذة ٢٠٩٧ وما بعدها .

(٨٧) جلمة Lille سنة ١٩٣٣ .

٢٣ - ترجيح نظرية وحدة السبب : وعندي أن كل هذه الآراء ترمى الى غرض واحد هو القول بوحدة السبب في دعوى المسؤولية المدنية (٨٨) ، وهذا هو بيت القصيد ، وأثر أن أقف عند حد اعتبار السبب في الدعوى هو الواقعة القانونية أى الفعل الضار المنشئ لحق التعويض (٨٨ مكررا) • أما ترتيب هذا الفعل الضار وادراجه تحت نظام

(٨٨) فالقول بأن السبب هو الفعل الضار يقصد به فعل الاضرار بحق الغير ، والاستاذ جوسران نظر الى هذا الفعل من ناحيته المادية توجده بتجسم في الضرر ، والاستاذة مازو وليكلير نظروا اليه من ناحية المصائب منطلوبا حقه الذي اعتدى عليه ، والاستاذ بروخن نظر اليه من جانب الفاعل فقلب فكرة المساس بالحق ، والاستاذ بيسون مر بهذه النظرات جميعا فقال ان سبب استوفلية هو الفعل الضار ، ومصدر الالتزام هو فكرة الخطأ المجردة او الاضرار بالغير دون حق أو عدم مشروعية الفعل الضار .

(٨٨ مكرر) وقد اعتبرت المحاكم المصرية سبب الدعوى بوجه عام الواقعة القانونية . انظر استئناف مصر ٢٨ مارس ١٩٣٥ المحلظة ١٦ - ٨٩٨ - ٤١٢ ، ١٥ مايو ١٩٢٣ المجموعة ٢٤ - ١١٤ ، استئناف اسيوط ١٧ نوفمبر ١٩٣٤ المحلظة ١٦ - ٣٠٩ - ١٢٩ ، نجع حمادى الجزئية ١٤ يونيه ١٩٣٨ المحلظة ١٩ - ١٥٤ - ٧٠ ، مصر الاهلية (مستعجل) ٢٨ أغسطس ١٩٣٩ المحلظة ٢٠ - ٢٦٦ - ٩٤ ، سوهاج الكلية ٢١ مارس ١٩٤٠ المحلظة ٢٠ - ١١٩٦ - ٥٠٤ ، خض ٧ مايو ١٩٣٦ المجموعة المدنية للاستاذ كامل مرسى بك سنة ١٩٤٢ ص ١٩٣ ، استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ (٤٥ ص ٦٨) ، ٢ فبراير ١٩٣٣ (٤٥ ص ١٥٦) ، وايضا ٨ ابريل ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٢١) حيث ورد فيه :

«Il y a identité de cause entraînant l'autorité de chose jugée lorsque c'est toujours le même fait juridique qui est invoqué comme cause dans deux instances, la nature de l'instance étant sans importance en elle-même».

وجاء أيضا في حكم ١٩ ابريل ١٩٣٨ الغازيت ٢٩ - ٩٧ - ١٣١ - ما

ينى :
Il y a identité de cause entre deux demandes lorsqu'elles sont toutes deux basées sur un même fait juridique qui constitue un fondement direct ou immédiat du droit ou du bénéfice légal que fait valoir la partie.

L'idée de cause se rattache à celle du fondement de l'action, au titre invoqué, à la qualité en laquelle on agit, et non pas à la loi

المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصى أو تحت نظام المسئولية التعاقدية أو أى نظام آخر من أحوال المسئولية المفترضة ، فيعتبر تكييفها قانونيا للفعل الضار أو على الأكثر وسيلة من الوسائل التى يلجأ اليها المصاب للحصول على حقه فى التعويض .

غير أنا نرى التحفظ فيما يتعلق بمسئولية السيد عن فعل تابعه ، لأن هذه الحالة تعتبر طبقا للرأى الراجح فى الفقه الحديث الحالة الوحيدة التى يكون فيها المراء مسئولا عن فعل غيره حقا دون أن ينسب اليه خطأ ثابت أو مفترض كما فى الحالات الأخرى (٨٩) ، فهذه المسئولية قد قررها المشرع بنص خاص قصد به ضم ذمة السيد الى ذمة تابعه فى الالتزام بتعويض المصاب ، فهى نوع من الضمان أو الكفالة ، مصدره المباشر نص القانون لا الفعل الضار ، فيمكن القول بأن سببها هو هذا النص وأنه يختلف عن سبب المسئولية فى الحالات الأخرى (*) .

٢٤ — نتائج هذه النظرية : يترتب على هذه النظرية عكس ما رتبته المحاكم على نظريتها من نتائج :

(فاولا) سلطة المحكمة فى تغيير وصف المسئولية من تلقاء نفسها :
ان القول بأن ادراج الفعل الذى نجم عنه الضرر تحت النص الذى

en vertu de laquelle ce titre serait opérant par rapport au but visé par la demande.

(٨٩) انظر بلاتويل ج ٢ نبذة ٩٠٩ ، مازو نبذة ٩٣٤ وما بعدها ، وبهجت بنوى فى رسالته ص ٤٩ والمراجع التى اشاروا اليها .
(*) وقد اخذت بذلك المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام المحكمة المذكورة ص ٥ ص ١٣٣٧ .
وكذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤ .
وقد اطرذ قضاؤها على ذلك :

ينطبق عليه يعتبر تكييفاً قانونياً ، يجعل هذه المسألة داخلة في سلطة المحكمة .

فاذا اقتصر المصاب على بيان الفعل الضار وطلب التعويض عما لحقه بسببه من ضرر ، تعين على المحكمة أن تكيف هذا الفعل وأن تطبق عليه نص القانون الذي تتوافر فيه شروطه (٩٠) . ولا تعتبر المحكمة أنها قصت بشيء لم يطلب منها إذا هي بنت حكمها بالتعويض المطلوب على حجة لم ترد على لسان الطالب (٩١) .

وإذا قام المدعى بتكليف الفعل الضار تكييفاً خطأ ، وجب على المحكمة أن تصحح هذا التكليف ، فمثلاً إذا كيف الراكب المصاب دعواه ضد متعهد النقل بأنها مسئولية تقصيرية ، تعين على المحكمة — طبقاً للرأى الراجح القائل بعدم الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والتعاقدية (٩٢) — أن تصحح هذا التكليف وتطبق على الدعوى قواعد

-
- نقض مدني ٢ أبريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٦٨٩ — ١٠١ .
• نقض مدني ٥ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ١٤٩٠ — ٢٣٧ .
• نقض مدني ١١ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ١٢٤٣ — ٢١٦ .
• وأنظر أيضاً ٩ فبراير ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٤١٣ — ٨٠ .
• وأنظر في تفاصيل ذلك مؤلفنا في أصول الإثبات وأجراءاته ، ج ٢ ، ط ٤ ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٢٣٨ ، نبذة ٣١٠ وما بعدها .
• وقد أخذت بذلك محكمة النقض السورية (الفرقة - المضيق الثانية) قرار ٤٦٤ أساس ٣٨٣ بتاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٦٧ المحلوم ٣٢ سنة ١٩٦٧ ص ٤١٦ رقم ٤٩٢ .
• (٩٠) مازو نبذة ٢٠٩٢ ، بروخ في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٢٦ ، نقض فرنسي (عرائض) ٢ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٦٤ .
• (٩١) انظر محمد حابد فهمي في المرافعات نبذة ٧٣١ .
• (٩٢) أنظر لالو نبذة ٢٧١ ، بران Brun في المسئوليتين التعاقدية

والتقصيرية ص ٢٥٠ ، بلانويول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٤٩٣ ، كولان وكليبتان ج ٢ نبذة ١٩٣ و ١٩٤ ، جوسران ج ٢ نبذة ٤٨٦ ، دي باج ج ٢ نبذة ٩٢٧ .

المسئولية التعاقدية (٩٣) • فان لم تفعل ذلك ، واكتفت برغض الدعوى بحالتها ، فومت على المدعى حقه في التعويض ، لأن حكمها ستكون له حجية الشيء المحكوم فيه ، فيحول دون رفع دعوى جديدة على أساس المسؤولية التعاقدية •

ومثل ذلك مثل سلطة المحكمة في تكيف العقود بالرغم من تمسك الخصوم بتكييفها على وجه معين (٩٤) • ويعتبر هذا التكيف مسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابه محكمة النقض ، فإذا فصلت محكمة الموضوع في دعوى تعويض على أساس أن الخطأ الذي دعا للمسئولية هو خطأ تعاقدى ، فطبقت في حكمها قواعد المسؤولية التعاقدية ، ورات محكمة النقض أن المسؤولية موضع البحث ليست تعاقدية بل تقصيرية ، كان نها أن تنتقض الحشم وأن تجري أحكام المسؤولية التقصيرية على الدعوى موضع النظر (٩٥) •

وإذا أسند المصاب وقوع الفعل المضر الى خطأ معين ، ولم يثبت على المدعى عليه هذا الخطأ ، ولكن ثبت عليه خطأ غيره ، تعين على المحكمة أن تقيم وزنا للخطأ الذي ثبت وأن تبني عليه حكمها بالتعويض (٩٦) ،

(٩٣) ولا سيما أن التمييز بين الأحوال التي تنطبق عليها قواعد المسؤولية التعاقدية وبين الأحوال التي تعتبر فيها المسؤولية بتصيرية تمييز بالغ غاية الدقة ولا يزال الشراح مختلفين في شأنه ، فلا يصح والحالة هذه أن يؤخذ المصاب اذا اخطأ في تكيف دعواه •

(٩٤) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ الحلامة ٢٣ — ٣٩٦ — ١٧١ ، ٢ يونيو ١٩٣٢ الحلامة ١٣ — ١٥٥ — ١١ ، ٢ مارس ١٩٣٣ الحلامة ١٣ — ٦٦٢ — ٤٩٠ ، ٢٥ مايو ١٩٣٣ المجموعة ٣٥ — ٧٧ — ١٦٨ ، وانظر رسالة الدكتور أحمد زكي الشبتي في تكيف العقود سنة ١٩٤٤ نبذة ١٢ ، وقارن السنهوري في نظرية العقد ص ٩٢٤ وما بعدها وكتابنا الوافى ج ٢ المجلد الاول في نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ٢٦٠ ص ٤٩٦ وما بعدها. ومثل ذلك أيضا سلطة المحكمة الجنائية في تغيير وصف الجريمة انظر نقض ١٨ مايو ١٩٤٢ الحلامة ٢٣ — ٢١٠ — ٩٣ ، ٩ فبراير ١٩٤٢ الحلامة ٢٣ — ١٦ — ٩ ، ١٧ مارس ١٩٤١ الحلامة ٢٢ — ١٣ ، والقلى تحقيق جنابات ص ٣٧٠ وما بعدها •

(٩٥) مصطفى مرعي نبذة ٣٩٢ •

(٩٦) استئناف دويبه ٢٥ نوفمبر ١٩٢٩ السابق ذكره والمراجع المشار

اليها في ص ١٣٣ هامش ٧٦ •

لأنها لا تستطيع أن تقول — مع ثبوت هذا الخطأ الأخير — بأن المدعى عليه غير مسئول عن الفعل الضار ، وإن قالت ذلك أخطاءً في تطبيق القانون .

وليس معنى ذلك إعفاء المصاب من عبء اثبات الخطأ ، لأننا لانطالب المحكمة بتولى هذا العبء عن المصاب ، وإنما مطالبا بأن تكيف الدعوى تكييفاً صحيحاً على أساس ما يكون ثابتاً لديها فيها من عناصر مختلفة ولو لم يكن المدعى هو الذى أثبت هذه العناصر أو تمسك بها . أما إذا عجز المدعى عن إقامة الدليل على توافر شروط التكييف الذى كيف به دعواه ، ورأت المحكمة أن الواقعة يمكن تكييفها تكييفاً آخر لو ثبتت شروط هذا التكييف الآخر ، فلمحكمة أن تتنبه المدعى الى ذلك وأن تكلفه اثبات هذه الشروط الأخيرة ، فمثلاً إذا رفعت الدعوى على شخص باعتباره مرتكباً بنفسه الخطأ الذى نشأ عنه الضرر وثبت للمحكمة أن الذى ارتكب هذا الخطأ شخص آخر قد يكون فى رعاية الأول ، جاز للمحكمة أن توجه نظر المدعى الى امكان تكييف مسئولية المدعى عليه باعتباره مسئولية المراء عن هم تحت رعايته وأن تطلب منه إقامة الدليل على توافر حالة الرعاية ، ولكن هذا التنبيه ليس واجبا عليها ، إذ أن المدعى هو الذى يجب عليه أن يجمع أدلته وحججه المستمدة من القانون أو من الوقائع تأييداً لدعواه وأن يتقدم بها للمحكمة ، فإن قصر فى ذلك فلا يلومن الا نفسه (٩٧) .

(وثانياً) جواز تعديل تكييف الفعل الضار فى الاستئناف وحتى فى النقض لأول مرة :

إذا رفع المصاب دعواه أمام محكمة أول درجة باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن خطأ ثابت وقع منه ، فإن هذا لا يحول دون تعديل هذا

(٩٧) انظر تعليق بيبسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ فى نهاية النهر الثانى و (نقض مخنى مصرى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤) .

التكليف والتمسك أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة باعتبار المدعى عليه مسئولاً مسئولية تعاقدية ، أو مسئولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء الموجودة في حراسته (٩٨) . لأن التمسك بهذا التكليف الجديد لا يعتبر طلباً جديداً بل تمسكاً بوجه جديد من أوجه الدفاع التي يجوز قبولها في الاستئناف لأول مرة (٩٩) . وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في حادثة من حوادث نقل الركاب وقعت في سنة ١٩١١ أى في ذات السنة التي عدلت فيها المحاكم الفرنسية من اعتبار المسئولية في هذه الحوادث تقصيرية الى اعتبارها تعاقدية (١٠٠) ، اذ قررت أن تعديل المدعى أساس دعواه في الاستئناف من المسئولية التقصيرية الى المسئولية التعاقدية لا يعتبر طلباً جديداً ويجوز قبوله في الاستئناف لأول مرة (١٠١) .

ومثل ذلك مثل دعاوى البطلان والأوجه المختلفة التي تبني عليها ، ففقد حكم بأن دفع الدعوى بأن العقد — الذي طعن فيه أمام محكمة أول درجة بعدم صحة توقيعه — ان صح توقيع المورث عليه ، فهو عقد باطل صدر لوراث في مرض الموت ، لا يعد من الطلبات الجديدة التي لا يجوز تقديمها لأول مرة لمحكمة الاستئناف بالمعنى المقصود في المادة ٣٣٨

(٩٨) مع التحفظ الذي سبق أن ابديناه فيما يتعلق بمسئولية السيد عن فعل تابعه (أنظر ما تقدم في ص ١٢٧) . وعلى أساس هذا التحفظ نستطيع فهم حكم محكمة الاستئناف المختلطة الذي قرر أنه يعتبر طلباً جديداً غير مقبول في الاستئناف لأول مرة اذا كان الخصم بعد أن طلب أمام محكمة أول درجة الحكم على ادعى عليهم بصفتهم مسئولين عن الضرر الحاصل من إدارة الحارس عدل طلبه في الاستئناف الى إلزامهم بصفتهم فاعلين أصليين للخطأ الناشئ عنه الضرر ، استئناف مخطئ ٧ مايو ١٩٣٦ (٨ ص ٢٥٨) المحللة ١٧ - ١٢٥٤ - ٦٣٥ .

(٩٩) مازو نبذة ٢١٠٠ ، مصطفى مرعى ص ٣٩٥ هامش ١ ، والطبعة الثانية ص ٣٤٨ هامش ١ .
(١٠٠) وقد شغلت هذه القضية المحاكم ١٩ سنة عرضت في اثنتائها على محكمة النقض مرتين واثارت الاحكام الصادرة فيها مناقشات طويلة بين الشراح وقد أوردنا تفصيلها في رسالتنا في نظرية دفع المسئولية الفنية باللغة الفرنسية ص ٤٨٩ وما بعدها .

(١٠١) نقض فرنسي (معنى) ٦ يونيو ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١ -

مرافعات لأنه من أوجه دفاع المدعى عليهم (١٠٣) . وكذلك إذا رُفعت دعوى بطلان عقد بيع لصدوره في مرض الموت ، وفي الاستئناف طلب المستأنفون الحكم ببطلان العقد لأنه عقد هبة ولم يحصل بعقد رسمي ، فقد حكم بأن التمسك بعدم الرسمية لا يعتبر طلبا جديدا مما لا يجوز قبوله في الاستئناف ، بل دليلا جديدا (١٠٣) .

ومثل ذلك أيضا طرق انقضاء الحق ، فقد حكم بأنه لا يعتبر طلبا جديدا بل وجهها من أوجه الدفاع التي تقبل في الاستئناف التمسك بالمقاصة القانونية (١٠٤) ، أو بالتقادم الخمسي بالنسبة لفوائد الدين (١٠٥) ، أو بأى نوع من أنواع التقادم الأخرى (١٠٦) .

فإذا كانت المحاكم أخذت بذلك في أوجه البطلان وفي طرق الانقضاء ، فيتعين عليها أن تأخذ به من باب أولى في المسؤولية المدنية . ذلك أن البطلان أو الانقضاء ليس هو الا موضوع الدعوى ، أما سببها فيتعذر الاهتداء اليه خارجا عن أوجه البطلان أو طرق الانقضاء ، في حين أن الأمر يختلف عن ذلك في دعاوى المسؤولية المدنية إذ أن هذه الدعاوى لها موضوعها وهو التعويض وسببها وهو العمل الضار ، فإذا اعتبرت المحاكم أوجه البطلان وطرق الانقضاء مجرد وسائل جديدة ، مع أنها هي السبب في طلب البطلان أو الانقضاء ، فمن باب أولى يجب أن يعتبر كذلك مجرد تعديل التكييف القانوني للسبب في دعوى المسؤولية ، أى للفعل الضار ، بل انا نرى أن هذا التكييف لا يرقى الى درجة تلك الوسائل ولا يزيد عن أن يكون حجة جديدة كان يجب على محكمة أول درجة أن تأخذ بها من

(١٠٢) نقض مصري (مجنى) ٦ أبريل ١٩٣٩ المحللة ٢٠ — ٥٦ —
وانظر مؤلفنا في أصول الإثبات وإجراءاته ط ٤ ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٢ .
(١٠٣) استئناف مصر ٢٣ مايو ١٩٢٢ المحللة ٢ — ٤٨٨ — ١٦٢ .
(١٠٤) استئناف مخطوط ٨ أبريل ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢١٩) .
(١٠٥) استئناف مخطوط ٢٦ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ٢٧٥) .
(١٠٦) استئناف مخطوط ١٥ يناير ١٩١٤ (٢٦ ص ١٥٤) ، وانظر موسوعة مروون تحت كلمة Appel civil نبذة ٣٢٠ وما بعدها . ومؤلفنا سالف الذكر في أصول الإثبات وإجراءاته ص ٢٤١ .

تلقاء نفسها مادامت عناصرها متوافرة لديها في ملف الدعوى .

وإذا كان الأستاذان هنرى وليون مازو قد اقتصرنا على اعتبار تكيف العمل الضار بنوع معين من المسئولية وسيلة جديدة يجوز التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية فقط ، ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (١٠٧) ، فإننا نذهب في ذلك الى أبعد منهما ونرى أن هذا التكيف لا يعدو أن يكون حجة من الحجج *arguments* التي يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، كما يتضح ذلك من تعريف الأستاذ محمد حامد فهمي لهذه الحجج في بحثه القيم في محكمة النقض والابرام المصرية حيث يقول :

« يقبل التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالأوجه والحجج التي كان يتعين على محكمة الموضوع أن تلاحظها وأن تقضى فيها من تلقاء نفسها والا كانت مخطئة في حكمها ... فيجوز التمسك بالحجج القانونية البحتة *Systèmes ou arguments nouveaux, moyens de pur droit* التي تؤيد ما سبق ابدأه أمام محكمة الموضوع ، على اعتبار أن ابداء أى وجه من أوجه الدفاع أمام محكمة الموضوع يتضمن التمسك بكل الحجج القانونية التي تؤيد هذا الوجه ، وأن تطبيق أحكام القانون على الوقائع واجب على القاضى يؤديه من تلقاء نفسه بغير حاجة الى من ينبهه أو يرشده اليه . على أنه يشترط في هذه الحالة أيضا ألا يقتضى الفصل في الحجة الجديدة *argument nouveau* تحقيق واقعة غير مثبتة في الحكم المطعون فيه . حتى لا تكلف محكمة النقض بتحقيق الوقائع ، وهو أمر يخرج عن سلطتها » (١٠٨) .

(١٠٧) مازو نبذة ٢١٠٠ وانظر في هذا المعنى ايضا مصطفى مرعى ص ٣٩٥ هابش ٥ والطبعة الثانية ص ٣٤٨ هابش ١ ، وقارن به ما جاء في ص ٤٠٠ نبذة ٣٩٢ والطبعة الثانية ص ٣٥٢ نبذة ٣٩٢ .
(١٠٨) الدكتور محمد حامد فهمي ، محكمة النقض والابرام المصرية ، في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ١٩٣٢ ص ٤٧٩ ، وقد اشار في ذلك الى جارسونيه ج ٦ نبذة ٢٨٤ .

وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١١ أبريل ١٩٣٥ حيث قبلت طعنا مبنيًا على أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون إذ قضى بالتعويض على أساس الغصب أو المسؤولية التقصيرية في حين أن منشأ الضرر الإخلال بالتزام تعاقدى هو الالتزام بتسليم أطيان مبادل عليها وكان الواجب أن تطبق عليه قواعد المسؤولية التعاقدية وقالت في أسباب حكمها ما يأتي :

« وحيث أن الواضح أن محكمة الاستئناف قد كيفت الدعوى المطروحة لديها تكليفًا خاطئًا نقلتها به عن حقيقتها وأعطتها حكمًا قانونيًا غير ما يجب إعطاؤه لمثلها ، ذلك بأن تسليم الأطيان المتخلفة للأمير (وهو الذى عقد المبادلة مع الحكومة) أمر واجب على الحكومة بمقتضى عقد البذل . وإذا كانت الحكومة تأخرت فيه كما أثبتته الحكم ، فتكون قد قصرت في تنفيذ ما يوجب عليها العقد . فالتأخير في التسليم هو تقصير تعاقدى يأخذ حكمه القانونى ، وحكم القانون في ذلك وارد في المادة ١١٩ من القانون المدنى وهو ايجاب التضمنات على المدين المقصر ، ثم بالمادة ١٢٠ التى تقضى بأن تلك التضمنات لا تكون مستحقة الا بعدد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفًا رسميًا .

» وحيث ان المحكمة قد تركت التكليف الصحيح لما ثبت لديها من الوقائع ، واعتبرت تقصير وزارة الأشغال في تنفيذ العقد بالتسليم معتبرت ذلك خطأ فعليًا *faute délictuelle* كالاغصباب ، فأوجب التضمن على الوزارة من يوم حصول ذلك الفعل الذى أسندته الى تاريخ العقد ماعدًا سنتين ، وواضح أن هذا مخالف للقانون ... ويقتضى نقض الحكم « (١٠٩) .

(١٠٩) نقض مصرى (مدنى) ١١ أبريل ١٩٣٥ الحسابة ١٥ - ١ - ٣٩٥ - ٢٠٦ ، وقرب من ذلك نقض مدنى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٨٢ - ٢٤ ، نقض مدنى ٢ أبريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٦٨٩ - ١٠١ ، نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة =

(وثالثا) **حجية الشيء المحكوم فيه** : فإذا رفعت دعوى التعويض بتكليف معين ، واستمر نظر الدعوى ابتدائيا واستثنائيا على أساس هذا التكليف ، دون أن يدخل عليه أى تعديل ، لا من جانب المدعى ، ولا من جانب المحكمة ، فإن الحكم الذى يصدر فيها متى صار نهائيا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه ، ويمنع من نظر أية مطالبة جديدة بتعويض عن الضرر الناشئ من الواقعة التى كانت السبب فى الدعوى الأولى (١١٠) . وبذلك ينتفى الخطر الذى نبه اليه كاييتان (١١١) . فلا يجوز لمن رفضت دعاواهم المبنية على المادة ١٣٨٢ بأحكام نهائية قبل استقرار مبدأ المسؤولية الناشئة عن الأخطاء فى سنة ١٩٢٤ أن يجددوا المطالبة بالتعويض على أساس هذا المبدأ بعد أن تقرر ، كما أنه لم يجز للركاب الذين أصيبوا فى أثناء النقل ثم رفضت دعاواهم المبنية على المسؤولية التقصيرية أن يعودوا — بعد أن قررت المحاكم الفرنسية فى سنة ١٩١١ اعتبار مسؤولية متعهد نقل الركاب مسؤولية تعاقدية — الى المطالبة بالتعويض على هذا الأساس الجديد ، وإن يجوز للمرضى الذين أصابهم ضرر من العلاج ورفض طلبهم التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية — قبل حكم النقض الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٣٦ باعتبار مسؤولية الطبيب تعاقدية — أن يرغموا دعوى جديدة على أساس المسؤولية التعاقدية (١١٢) .

(وأخيرا) إذا رفع المصاب دعوى التعويض الى المحكمة المدنية ، ولو كان ذلك على أساس المسؤولية المفترضة ، فإنه يستفيد حقه فى الخيار المخول له بمقتضى قاعدة *Una via electa* ويخلق فى وجهه باب الادعاء بالحق الدنى أمام المحكمة الجنائية ، لأن دعوى التعويض التى أقامها أمام المحكمة المدنية تتحد مع الدعوى المدنية التى يريد أن يرغمها

= احكام النقض ٢٤ — ١٢٤٣ — ٢١٦ ، وايضا ٩ فبراير ١٩٧٧ مجموعة

احكام النقض ٢٨ — ٤١٣ — ٨٠ .

(١١٠) ملزو نبذة ١٧٤١ .

(١١١) راجع ما سبق فى ص ١٣٠ .

(١١٢) فى هذا المعنى جوسران فى مقاله السابق الاشارة اليه .

الى المحكمة الجنائية من حيث السبب والموضوع والخصوم ، فلا يجوز له بعد أن اختار الطريق المدني أن يعدل عنه الى الطريق الجنائي (**) .

فيتضح من ذلك أن نظرية وحدة السبب في المسؤولية تتفادى جميع النتائج السيئة التي ترتبت على ما ذهبت اليه المحاكم من تعدد الأسباب في المسؤولية عن الضرر الناشئ من عمل واحد .

٢٥ — المسألة الرابعة — اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية (**) :

نصت المادة ٣ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي على جواز رفع الدعوى المدنية تبعاً للدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية ، ونصت على مثل ذلك المادتان ٥٢ و ٥٤ تح أهلى والمادة ٤١ تح مختلط قديم والمادة ٩ تح مختلط معدل .

ومن المسلم به أن الدعوى المدنية لا تتولد الا اذا توافر في العمل الذى تنشأ عنه شرطان أساسيان : (١) أن يكون هذا الفعل جريمة جنائية ، (٢) وأن يكون الضرر المطلوب تعويضه ناشئاً عن الجريمة مباشرة (١١٣) . فاذا ثبتت الجريمة وحكم فيها بالادانة وكانت علاقة السببية المباشرة بينها وبين الضرر متوافرة ، حكم أيضاً بالتعويض على أساس الخطأ الثابت ، فلا تظهر أهمية المسؤولية المفترضة . أما اذا كان

(*) في هذا المعنى حكم الادارية العليا ٢٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة احكام المحكمة المذكورة ص ١٣٣٧ .
وقررت محكمة النقض أنه متى حاز حكم قوة الامر المقضى فلهذا يمنع الخصوم في الدعوى التى صدر فيها من العودة الى المناقشة في المسألة التى فصل فيها (نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ — ١٤٩٠ — ٢٣٧) .

(**) انظر تعليقا على حكم آخر في هذا اوضوع فيما لى في ص ١٥٧ .
(١١٣) جندى بك عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٠٠ نبذة ٦ وما بعدها .

الضرر غير ناشئ مباشرة عن الجريمة ، حكم بعدم قبول الدعوى المدنية (١١٤) . وإذا لم تثبت الجريمة ، وجب كذلك الحكم بعدم قبول الدعوى المدنية لعدم اختصاص المحكمة الجنائية بها ، لأن المحكمة الجنائية غير مختصة بدعوى لها صبغة مدنية محضة (١١٥) .

فالقاعدة اذن أن المحكمة الجنائية اذا برأت المتهم لعدم ثبوت الجريمة تصبح غير مختصة بالفصل في الدعوى المدنية . وقد أخذ المشرع الايطالى بهذه القاعدة العامة ونص عليها في المادة ٢٣ تح ، وطبقها المشرع الفرنسى بالنسبة لمحاكم الجنع والمخالفات (انظر المادتين ١٩١ و ١٥٩ تح فرنسى) واستثنى منها محاكم الجنابات اذ خولها سلطة الحكم بالتعويض حتى في حالة البراءة (انظر المواد ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٦ تح فرنسى) . وحذا المشرع البلجيكي حذوه ولكنه عدل عن ذلك فيما يتعلق بمحاكم الجنابات فسلها بقانون ٢١ ديسمبر ١٩٣٠ سلطة الحكم بالتعويض في حالة البراءة .

أما المشرع المصرى فقد خالف هذا النهج ، ولم يكتف بأن يقرر في حالة الحكم بالبراءة اختصاص محاكم الجنابات بالفصل في الدعوى المدنية اختصاصا وجوبيا ، بل قرر لمحاكم الجنع ومحاكم المخالفات في هذا الشأن اختصاصا جوازيا (المادة ١٤٧ تح أهلى و ١٤٤ تح مختلط قديم بالنسبة لمحاكم المخالفات ، والمادة ١٧٢ تح أهلى و ١٧١ تح مختلط قديم بالنسبة لمحاكم الجنع) (١١٦) ، أى أنه جمل الحكم في طلب

(١١٤) نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٠ المحللة ٢١ — ٦٩٧ — ٣٠٥ ، ٨ يونيه ١٩٤٢ المحللة ٢٣ — ٣٥١ — ١٤٠ .
(١١٥) نقض ١٤ فبراير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ١١٥ — ٥٩ ، ١٠ نوفمبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ — ٢ — ٢ .

(١١٦) وفي القانون المخطط الجديد لتحقيق الجنابات نصت المادة ٩ على ان حق التعويض الناشئ من جريمة جنائية تجوز المطالبة به أمام المحاكم الجنائية تبعا للدعوى العمومية ، فذهبت بعض المحاكم بناء على ذلك الى انه في حالة البراءة لا تكون هناك جريمة ، واذن فلا تكون الدعوى المدنية مقبولة =

التعويض اختياريا لها ان شاعت. آتته ، وان شاعت تركته (١١٧) . لكنها ان أرادت أن تحكم فيه وجب عليها أن تتحدث في حكمها عن التعويضات المطلوبة وأن تقول فيها كلمتها مبينة الأسباب التي تستند اليها فيما تقضى به (١١٨) ، وان أرادت أن تتخلى عنه فعليها اظهار هذه الإرادة مع حفظ الحق للخصوم يتقاضونه لدى جهة الاختصاص (١١٩) . وقد بينت محكمة النقض من زمن طريقة استعمال هذا الحق المخول لمحاكم الجench والمخالفات ، فقررت انه يجب أن تكون هناك شبهة جريمة أى أن لا يكون النزاع في الواقع مدنيا بحتا وانما ألبسه المدعى ثوب الجريمة توصلا الى اختصاص المحاكم الجنائية ، وأن لا تكون الدعوى المدنية في حاجة الى اجراءات طويلة للفصل فيها يترتب عليها تعطيل الفصل في الدعوى العمومية (١٢٠) . وقد اتبعت المحاكم باطراد هذا التوجيه الذي وضعت محكمة النقض (١٢١) .

ويظهر من مجموع هذه الشرائع التي أشرنا اليها — فيما عدا التشريع المصري — أنها تضيق في اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية الى حد كبير ، وأنها تعتبر الأصل عند البراءة عدم اختصاصها بالدعوى المدنية ، وأن القانون الفرنسي ينفرد باستثناء محاكم الجنائيات من هذا الأصل .

ويعمل الشراح ذلك (أولا) بأن دعاوى التعويض تدخل أصلا في

= (جنح مصر المخططة ٢ مايو ١٩٣٨ الفازيت ٢٨ — ٢٨١ — ٣٠٠) ، ولكن أحكاها أخرى فنعت هذا الرأي تنفيذا تاما وأخذت بعكسه استنادا الى المادتين ١٩٨ و ٣٠٦ تح مخطط جديد (انظر جنح النصورة المخططة ٥ مايو ١٩٣٨ الفازيت ٢٨ — ٢٨١ — ٣٠١ ، استئناف مخطط ١٩ يونيو ١٩٣٩ الفازيت ٣١ — ٤٦ — ٣١) .

(١١٧) الظلى بك تحقيق الجنائيات ص ١٣٤ .
 (١١٨) نقض ١٧ مارس ١٩٤١ المحلابة ٢٢ — ١٦ — ١١ .
 (١١٩) نقض ١٦ فبراير ١٩٣٠ ذكره الظلى بك في ص ١٣٤ هلمش ١ .
 (١٢٠) نقض ٢٨ يناير ١٨٩٩ المجموعة ١ ص ٨٣ .
 (١٢١) الظلى بك ص ١٣٤ .

اختصاص المحاكم المدنية وحدها ، وانما أجاز المشرع رفعها الى المحاكم الجنائية استثناء حتى تمكن الافادة فيها من التحقيقات الجنائية المؤدية الى اثبات الجريمة ، أما في حالة البراءة ، فلا تفيد هذه التحقيقات شيئا فيها يتعلق بالحكم بالتعويض ، ولا تنوغر اذن الحكمة التي من أجلها تقرر الاختصاص للمحكمة الجنائية ، و (ثانيا) بأنه لو اعترف بهذا الاختصاص للمحاكم الجنائية ، لكان ذلك سبيلا الى المجنى عليهم يسمح لهم أن يصوروا جرائم جنائية وهمية ليستطيعوا عن طريقها رفع دعاواهم المدنية الى المحاكم الجنائية ، فيستفيدوا من سرعة الاجراءات أمامها بدل سلوكهم الطريق العادي أمام المحاكم المدنية . أما الاستثناء الخاص بمحاكم الجنائيات ، فيبرره انعدام الخوف فيه من ذلك اذ أن الدعوى العمومية لا ترفع الى هذه المحاكم الا عن طريق احالتها عليها من دائرة الاتهام (١٢٢) (التي تقابل نظام قاضى الاحالة عندنا) .

أما التشريع المصري ، فقد وسع من اختصاص المحاكم الجنائية بالنسبة للدعوى المدنية ، اذ اعتبر القاعدة أن هذه المحاكم تكون مختصة بالحكم في التعويض بالرغم من حكمها بالبراءة الا ان رأت محاكم الجنج والمخالفات أن تتخلى عن الفصل في طلب التعويض ، فيكون حق المصاب محفوظا يتقاضاه أمام المحكمة المدنية .

وبمثل هذا الاختصاص برغبة المشرع في الافادة من التحقيقات الجنائية حتى في حال البراءة (١٢٣) . أما الخوف من قيام المصاب بتصوير جرائم جنائية لا أساس لها تذرعا لجعل المحاكم الجنائية مختصة بدعاواه المدنية ، فيدروءه بالنسبة لمحاكم الجنائيات نظام قاضى الاحالة ، وبالنسبة لمحاكم الجنج والمخالفات سلطة هذه المحاكم في عدم قبول الدعوى اذا رأت أن التهمة المرفوعة بها الدعوى ظاهرة البطلان (١٢٤) .

(١٢٢) ج ١ ص ٤١٤ .

(١٢٣) جندى بك عبد الملك ص ٦٧٣ .

(١٢٤) جندى بك عبد الملك ص ٦٧٤ .

على دائرة هذا الاختصاص الوجوبى المقرر لمحاكم الجنايات الفرنسية والمصرية ، وفي دائرة الاختصاص الاختيارى المتروك لمحاكم الجنح والمخالفات المصرية ، تظهر الأهمية العملية للتمسك أمام المحكمة الجنائية بقواعد المسؤولية المفترضة • ويجوز التساؤل عما إذا كان المقصود بهذا الاختصاص أن يكون للمحكمة الجنائية — في الوقت الذي تقرر فيه انتفاء الخطأ الجنائي — أن تبحث فقط عن خطأ مدني ثابت تقيم الحكم بالتعويض على أساسه ، أم أنه يجوز لها أن تبني حكمها على أية قاعدة من قواعد القانون المدني التي تقضى بالمسؤولية المفترضة ؟

ولما كانت القاعدة في فرنسا أن المحاكم الجنائية لا تختص بالنظر في الدعوى المدنية الا في حالة ادانة المتهم ، ولما كانت الدعوى المدنية في هذه الحالة يسهل الحكم فيها بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ مدني ، فقد قرر أكثر الشراح أن المحكمة الجنائية لا تكون مختصة بالدعوى المدنية الا اذا كانت مبنية على المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي الثابت ، واستبعدوا بذلك اختصاصها بالنسبة للمسؤولية التعاقدية وغيرها من حالات المسؤولية المفترضة (١٢٥) •

غير أنه يلاحظ على هذا الرأي (أولا) أنه ليس صحيحا على إطلاقه ، إذ أنه من المسلم به أن المحكمة الجنائية تختص بنظر الدعوى المدنية ضد المسئول مدنيا مع أن مسؤولية هذا الأخير مستقلة عن مسؤولية المتهم وتختلف عنها من حيث شروطها ومن حيث سببها ، لأنها ليست ناشئة مباشرة عن الفعل المكون للجريمة وانما هي مقررة بنص القانون و (ثانيا) أنه ليس صحيحا بوجه خاص بالنسبة لمحاكم الجنايات ، لأنه مادامت هذه المحاكم تختص بالدعوى المدنية حتى في حالة البراءة ، فيجب عليها في هذه الحالة أن تقضى في الدعوى طبقا لما تقضى به قواعد

(١٢٥) لالو نبذة ٢٦٧ ، جابرو المختصر نبذة ٢٢٠ ص ٦٩٨ ، والطول ج ١ ص ٤٠٧ ، بران ص ٢٢٢ ، J. Loup ص ١١٨ .

القانون المدنى ، ويتعين عليها تكيف الدعوى وتطبيق أحكام هذا التكيف .

لذلك يرى بعض الشراح الذين نظروا بوجه خاص الى الاختصاص الاستثنائى المقرر لمحاكم الجنايات فى حالة البراءة أن هذه المحاكم تختص بنظر الدعوى المدنية سواء كانت مبنية على المسئولية التقصيرية أو على المسئولية عن فعل الغير أو على المسئولية الناشئة عن الأشياء أو على المسئولية التعاقدية (١٢٦) .

وفى القانون المصرى حيث عمم المشرع الاختصاص الاستثنائى المقرر للمحاكم الجنائية فى حال البراءة ، يمكننا أن نقرر من باب أولى أن هذه المحاكم تملك الحكم بتعويض الضرر الناشئ عن الفعل الضار أيا كان التكيف القانونى لهذا الفعل ، لأنه متى ثبت اختصاص المحكمة بما يترتب على هذا الفعل الضار الذى هو سبب المسئولية ، فلا يجوز أن يؤثر فى هذا الاختصاص وصف المسئولية الناشئة عن هذا الفعل بأنها مسئولية تقصيرية أو تعاقدية ، أو بأنها مبنية على الخطأ الثابت أو على الخطأ المفترض ، وسواء أكان هذا الخطأ شخصيا أم صادرا من الغير .

- ٢ -

تطبيق المبادئ

٢٦ - فى قضية ابراهيم محمد هيبه (حكم أول فبراير ١٩٤٣) :
رفعت الدعوى العمومية أمام محكمة الجنايات على ابراهيم محمد هيبه وسالم محمد الشاعر لمحاكمتهما بالمادة ٢٤٠ ع ٠ فقرة أولى باعتبار أنهما ضربا عبد المال عطية وأحدثا به عاهة مستديمة ، وادعى المجنى عليه

(١٢٦) مازو نبذة ١٨٥٧ ونبذة ٢٠٣١ ، ومقال هنرى مازو عن المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ص ٦٦٤ نبذة ١٥٧ حيث يقول :

بالحق المدني قبل المتهم الأول ، ولكن لم يثبت للمحكمة ارتكاب أى من المتهمين للضرب الذى نشأت عنه العاهة ، فبرأتهمها ورفضت الدعوى المدنية . فظن المدعى المدني فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون اذ كان يجب فيه الزام المتهم الأول بالتعويض على اعتبار أن واقعة الضرب حصلت من أتباعه فيكون مسئولاً عنهم بناء على المادة ١٥٢ مدنى . وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن وبنت رفضها على أن التمسك بالمادة ١٥٢ يعتبر تمسكا بسبب جديد لا يجوز التمسك به أمام النقض لأول مرة .

ونستطيع فى ضوء المبادئ التى خلصت لنا أن نقرر أن محكمة النقض أصابت فى ذلك ، لأن ما قضت به يتفق لا مع مذهب المحاكم فى تعدد سبب المسؤولية المدنية فحسب ، بل أيضا مع نظرية وحدة السبب ، لأن هذه النظرية — كما مر بنا — تستثنى مسئولية السيد وتعتبر سببها المباشر نص القانون لا الفعل الضار (١٢٦ مكرر) ، وبناء على ذلك يكون صحيحا أنه لا يجوز التمسك بهذه المسؤولية لأول مرة أمام محكمة النقض (١٢٧) .

غير أنه يجوز لنا أن نتساءل ألم يكن فى وسع محكمة الجنايات أن تحكم بالزام المدعى عليه فى الدعوى المدنية بالتعويض اذا كان قد ثبت لديها أن المدعى عليه قد ترغم نفرا من أتباعه واشترك معهم فى الاعتداء على هريق المجنى عليه ، اذ يبدو لنا أن ذلك يكفى لتكوين خطأ يستوجب المسؤولية المدنية وان لم يكن كافيا للإدانة جنائيا . فقد قضت محكمة

«..On voit mal pourquoi le créancier ne pourrait pas farmer devant la juridiction répressive son action en responsabilité contractuelle..»

انتظر فى هذا المعنى ايضا رؤوف عبيد فى الاجراءات الجنائية سنة ١٩٨٢ ص ١٥٧ و ٢١١ .
(١٢٦ مكرر) راجع ما تقدم فى ص ١٢٧ .
(١٢٧) على أن ذلك لا يمنع المصلب من رفع دعوى جديدة تأسيسا على المادة ١٥٢ اذا اثبت توافر شروطها .

النقض بأنه اذا اشتبك عدة أفراد في مضاربة مع غريق آخر ، وكان كل منهم عاقدا النية على ايداء الفريق الآخر ، فأحدثوا اصابات بذلك الفريق ، دون أن يمكن تعيين من منهم الذى أحدث الاصابة القاتلة ، فإن الجميع يكونون بالرغم من ذلك مسئولين بالتضامن (١٢٨) ، لأن المسؤولية المدنية خلافا للمسؤولية الجنائية يكفى فيها أن يتوافر لدى المتهمين وقت الحادثة اتحاد الفكرة والارادة على ايقاع الضرب بالمجنى عليه ولا يشترط فيها الاتفاق الجنائي (١٢٩) ، ويكون المتهمون في هذه الحالة مسئولين مدنيا حتى لو حكم ببرائتهم جنائيا (١٣٠) .

لذلك نرى أن محكمة الجنايات كان ينبغى أن تحكم بالتعويض على أساس هذا الخطأ ولو لم يتمسك به المدعى المدنى ، وان حكمها — وقد أغفل ذلك — كان يجوز الطعن فيه بالنقض لهذا السبب .

٢٧ — في قضية المرجوشى بك ضد على محمد داود (حكم أول مارس ١٩٤٣) : انتهت النيابة العمومية على محمد داود وآخرين من مستخدمى محل المرجوشى بك بأن كلا منهم ارتكب تزويرات أو سرقات أو اختلاسات معينة ، ودخل المرجوشى بك مدعيا مدنيا قبل جميع المتهمين ، غيرأت محكمة الجنح على محمد داود من السرقات والاختلاسات المينة التى نسبت اليه ورغضت الحكم عليه بالتعويض . وقد أيدت المحكمة الاستثنائية حكم البراءة ولكنها — بالرغم من عدم ثبوت وقائع الاختلاس والسرقة التى نسبت اليه — حكمت عليه بالتعويض بناء على ما ثبت لديها من أن المتهم بوصف كونه وكيلًا لمحل المرجوشى بك قد قصر في تنظيم دفاتر المحل وفي مراقبة الكتاب الحسابيين ، فطعن على محمد داود في هذا الحكم بأنه خطأ في تطبيق القانون لأنه قضى بالتعويض

(١٢٨) نقض ٢ مارس ١٩٤٢ المحللة ٢٣ — ٢٣ — ٢٠ ، ٢٦ يونيه ١٩٤١ المحللة ٢٢ — ٣٥٩ — ١٢١ .
(١٢٩) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحللة ١١ — ٨١٩ — ٤٢٢ ، ٢٩ مارس ١٩٣١ المحللة ١٢ — ١٠٩ — ٦٣ ، ٨ مايو ١٩٣٩ المحللة ٢٠ — ٢٩ ، ١٧ ، ٨ يناير ١٩٤٠ المحللة ٢٠ — ١٠٦٤ — ٤٥١ ، وانتظر أيضا استئناف مصر ١٤ مارس ١٩٣٩ المحللة ١٩ — ١١٤٦ — ٤٦٠ .
(١٣٠) نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٤٢ المحللة ٢٤ — ٢٠ — ٩ .

على أساس المسؤولية التعاقدية في حين أن المدعى المدني لم يبين طلبه
الا على أساس المسؤولية التقصيرية ، وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن
ونقضت الحكم المطعون فيه وقضت برفض الدعوى المدنية .

وعندى أن المحكمة الاستئنافية اذا كانت قد خالفت القانون ، فليس
ذلك لأنها استبدلت بالمسؤولية التقصيرية مسؤولية المستأنف عليه
التعاقدية ، بل لأنها حكمت بالتعويض بناء على واقعة أخرى غير الواقعة
التي نسبت الى المتهم أمام محكمة أول درجة . فالوقائع المكونة للجريمة
التي بنى عليها الاتهام والمكونة للفعل الضار الذى بنى عليه طلب
التعويض والذى يعتبر سببا في دعوى المسؤولية المدنية هي وقائع
السرقه والاختلاس . أما الواقعة التي بنت عليها المحكمة الاستئنافية
حكمها بالتعويض ، فهي اغفال تنظيم الدفاتر ومراقبة الكتاب الحسابين .
وهذه الواقعة ليست مغايرة للوقائع الأولى في ذاتها فحسب ، بل أيضا
فيما ترتب عليها من ضرر ، أى أنها تكون فعلا ضارا آخر غير الفعل
الضار الذى رفعت بسببه الدعوى أمام محكمة أول درجة ، وبعبارة أخرى
فإن طلب التعويض بسبب اغفال تنظيم الدفاتر يعتبر سببا جديدا
ما كان يجوز للمدعى المدني أن يتقدم به لأول مرة أمام المحكمة
الاستئنافية . ومن باب أولى لم يكن يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتبرع
من عندها للمدعى فتقضى له بالتعويض بناء على سبب جديد لم يتمسك
به ولا سيما أن هذا السبب الجديد لا يكون جريمة جنائية ولا تختص
به المحاكم الجنائية اطلاقا . فالذى وقع اذن هو تأسيس الحكم
بالتعويض على فعل ضار غير الفعل الضار الذى رفعت الدعوى بناء
عليه ، لا مجرد تغيير تكييف الفعل الضار ذاته من مسؤولية تقصيرية الى
مسؤولية تعاقدية .

ويلاحظ أن عبارات الطاعن التي بنى عليها طعنه يؤخذ منها أنه نعى
على الحكم تغييره الأساس الذى انبنى عليه طلب التعويض (والأساس
هو ذات الفعل الضار) ، لا تغييره نوع المسؤولية كما اعتبرته محكمة
النقض . وأنه اذا كانت محكمة النقض قد أصابت من حيث الموضوع في

نقضها الحكم المطعون فيه ورفضها الدعوى المدنية ، فان وضع المسألة بالشكل الذى وضعها به الطاعن — لا بالشكل الذى وضعتها به محكمة النقض — هو الذى يؤدى الى النتيجة التى أخذت بها المحكمة .

لذلك يجوز لنا ألا نعول كثيراً على ما قررته محكمة النقض فى هذا الحكم من حيث اعتبار تغيير وصف المسؤولية من تقصيرية الى تعاقدية تغييراً فى سبب المسؤولية ، وألا نعتبر هذا الحكم مقراً لمبدأ عام بهذا المعنى ، إذ أن الوقائع التى صدر بصددھا كان فيها فعلان ضاران متميزان يقابل كلا منهما نوع من المسؤولية ، فيمكن القول بأن الذى رأت المحكمة عدم جوازھ هو قيام قاضى الموضوع من تلقاء نفسه بالاستناد الى فعل ضار غير الفعل الضار الذى استند اليه المدعى ، لا مجرد تطبيقه أحكام نوع من المسؤولية غير أحكام النوع الذى تمسك به المدعى . ولا يمنع من هذا القول الا أن تؤكد المحكمة ما قررته فى هذه القضية فى قضية أخرى يكون فيها ذات الفعل الضار أريد تغيير وصفه من المسؤولية التقصيرية الى المسؤولية التعاقدية أو العكس . وهذا ما سنراه فى القضية التالية .

٢٨ — فى قضية فريد بولص ضد شركة أوتوبيس قوص :

اتهمت النيابة العمومية زاهر محمد قطقاط بأنه تسبب برعونته واهماله فى قيادة الأتوبيس اصابة فريد بولص أحد ركاب الأتوبيس ، وادعى المجنى عليه بالحق المدنى قبل المتهم وقبل شركة السيارات باعتبار المتهم تابعاً لها .

برأت محكمة الجنح المتهم ورفضت الدعوى المدنية قبله وقبل الشركة لأنها لم تجد فى الحادث خطأ على السائق ، بل ثبت لديها أن انقلاب السيارة حصل بسبب اضطراب السائق للانحراف الى طرف الجسر ، وإن انهيار الجسر راجع الى قيام الفلاحين بحفره من أسفله دون أن يبدو فى أعلاه أثر ذلك . وقد تأيد هذا الحكم فى الاستئناف ، فطعن فيه المدعى المدنى بأنه رفض الدعوى المدنية دون أن يبين أسباب

رغضا وبأنه كان يجب عليه أن يقضى بالتعويض على شركة السيارات
بناء على مسؤوليتها التعاقدية •

وقد رفضت محكمة النقض الطعن وقالت عن هذا الوجه الأخير أن
المحكمة ما كان يسوغ لها قانونا أن تقضى على أساس المسؤولية التعاقدية
مادامت الدعوى قد رفعت اليها على أساس المسؤولية التقصيرية ، إذ
ليس لها أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى يرفعها
به صاحبها • وظاهر أن لتقرير المحكمة ذلك فى هذه القضية قوة تريد عما
له من قوة فى القضية السابقة ، لأن الأمر متعلق هنا بفعل ضار واحد
وبتغيير وصف المسؤولية الناشئة عن هذا الفعل الواحد من تقصيرية الى
تعاقدية •

ولكننا رأينا فيما تقدم من بحث أن وصف الفعل الضار الواحد بأنه
يوجب مسؤولية تقصيرية أو تعاقدية لا يغير فى سبب المسؤولية ، وإنما
يعتبر مجرد تكييف قانونى للواقعة المعتبرة سببا فى المسؤولية ، فتملكه
المحكمة من تلقاء نفسها ، وبناء على ذلك ولأننا لا نأخذ بنظرية الخيرة بين
المسؤوليتين التقصيرية والتعاقدية ، بل نعتقد أن المسؤولية فى هذه
القضية يتعين وصفها بأنها تعاقدية ، نرى أنه كان يجب على كل من
محكمتى قوص وقنا أن تنظرا فى حادث انقلاب السيارة واصابة الراكب
من ذلك باعتباره اخلالا بالتزام تعاقدى ، فتتحكمان للمصاب بالتعويض
دون حاجة الى اقامته الدليل على خطأ السائق ، وكان يتعين على محكمة
النقض وقد أغفلت المحكمتان الموضوعيتان ذلك أن تقبل الطعن وتلغى
حكمهما •

هذا من الناحية القانونية ، أما من حيث الموضوع فإن المحكمة قد
أصابت الحل الصحيح ، ولم يكن أخذها بما نقول به ليغير فى الموضوع
شيئا ، لأن المسؤولية التعاقدية اذا كان يستغنى فيها عن اقامة الدليل
على الخطأ التقصيرى ، فإنه من المسلم به أنه يجوز دفعها بالسبب
الأجنبى ، وفى هذه القضية تعتبر واقعة حفر الفلاحين للجسر من أسفله
سببا أجنبيا عن السائق يكفى لدفع مسؤوليته الشخصية ولدفع مسؤولية
الشركة التعاقدية •

٢٩ — الخاتمة (❖) : يخلص مما تقدم أنى لا أرى رأى محكمة النقض فيما ذهبت اليه في هذه الأحكام الثلاثة متعلقا بالتلازم بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي وباختلاف دعوى المسؤولية التقصيرية عن دعوى المسؤولية التعاقدية من حيث سببهما ، بل أرى الصواب (أولا) في القول بأن حكم البراءة المبني على انتفاء الخطأ الجنائي لا يخلق باب البحث في اعتبار ما وقع من المتهم خطأ مدنيا يستتبع الحكم بالتعويض و (ثانيا) في القول بأن السبب في دعوى التعويض هو الفعل الضار ، وأن وصف المسؤولية بأنها تقصيرية أو تعاقدية لا يعدو أن يكون تكييفا قانونيا لهذا الفعل الضار ، غمطك المحكمة تعديله من تلقاء نفسها ، ويجوز للمدعى أن يعدله في الاستئناف ، كما يجوز له أن يتمسك أمام محكمة النقض بخطأ محكمة الموضوع في هذا التكييف ، فإذا أصبح الحكم نهائيا حاز حجية الشيء المحكوم فيه ، و (ثالثا) في القول بأنه إذا كان الفعل الضار مكونا لجريمة جنائية ، فإن تكييف المسؤولية الناشئة منه على وجه معين لا يؤثر في اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية اختصاصا وجوبيا فيما يتعلق بمحاكم الجنايات وجوازا فيما يتعلق بمحاكم الجنح والمخالفات .

— ٢ —

تطبيق على حكم آخر :

في اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية :

نص القانون على جواز رفع الدعوى المدنية تبعا للدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية (المادتان ٥٢ تح و ٥٤ تح أهلى والمادة ٩ تح مختلط

(❖) وقد أخذت محكمة النقض بعد ذلك بما انتهينا اليه في هذه الخاتمة يراجع في ذلك مؤلفنا في أصول الإثبات وإجراءاته ، الطبعة الرابعة ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٩١ وما بعدها .

جديد) • ومن المسلم أن المحكمة الجنائية لا تختص بالنظر في الدعوى المدنية الا اذا توافر في الفعل الذى تنشأ عنه هذه الدعوى شرطان أساسيان :

(١) أن يكون هذا الفعل جريمة جنائية •

(٢) وأن يكون الضرر المطلوب تعويضه ناشئاً عن الجريمة مباشرة (١٣١) •

والظاهر أن تطبيق هذا الشرط الأخير يدق في العمل كثيراً ، حتى أن محكمة النقض اضطرت الى التنبيه اليه مرارا في خلال السنتين الأخيرتين ، وأصدرت أحكاما عدة قضت فيها بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية بناء على أن هذه الدعوى ليست ناشئة مباشرة من الفعل المكون للجريمة ، وأن كانت نتيجة لظرف آخر متصل بالواقعة موضوع المحاكمة •

اذلك أرى أنه لا يخلو من غائدة أن أعرض فيما يلى بعض الصور التى قضت فيها محكمة النقض بهذا المعنى :

اتهم شخص بأنه اشترك مع آخر مجهول فى ارتكاب تزوير فى ورقة رسمية هى اىصال تسلم خطاب مسجل مرسل من بنك مصر الى أحد عملائه وبأنه استعمل الاىصال المزور بأن قدمه ، مع علمه بتزويره ، لموزع البريد وتسلم بمقتضاء الخطاب المسجل ، وبأنه ارتكب تزويرا فى أوراق عريضة هى الشيكات المسحوبة على بنك مصر بأن جعلها صادرة لأمره • وتتدخل صاحب الخطاب المسجل فى الدعوى مدعيا بحقوق مدنية

(١٣١) جندى بك عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٢ ص ٦٠٠ نبذة ٦ وما بعدها ، وبحقنا فى تكييف الفعل الضار واقتصاص المحاكم الجنائية الدعاوى المدنية ، المنشور قبل هذا التعليل مباشرة .

طالباً بالحكم له على البنك بالتضامن مع المتهم بقيمة الشيكات ، وطلب البنك رفض الدعوى ثم طلب اخراجه منها ، ولكن المحكمة الجنائية حكمت بالعقوبة على المتهم وبالزامه مع البنك بأن يدفعاً متضامنين المبلغ المطلوب والمصاريف المدنية ، وبنت قضاءها بذلك على خطأ البنك في عدم التحقق من صحة الامضاءات الموقع بها على الشيكات قبل صرف قيمتها ، فطعن البنك في هذا الحكم وبنى طعنه على انه طلب في دفاعه أمام محكمة الجنايات اخراجه من الدعوى على اعتبار أنه لا شأن له في الجرائم التي ارتكبها المتهم وانه لا محل لتوجيه الدعوى المدنية اليه أمام المحكمة الجنائية ولكنها أغفلت هذا الدفاع ولم ترد عليه . وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصادر في ٣ أبريل ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ - ٧٤٠ - ٢٥٢) وقررت في شأنه « أن الأصل في دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع الى المحاكم المدنية ، وانما أباح القانون بصفة استثنائية رفعها الى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى العمومية وكان الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر حصل للمدعى من الجريمة المرغوة عنها الدعوى العمومية . فاذا لم يكن الضرر ناشئاً عن هذه الجريمة بل كان نتيجة لظرف آخر (كخطأ البنك في عدم التحقق من صحة الامضاءات الموقع بها على الشيكات) ولو كان متصلاً بالجريمة ، سقطت تلك الاباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر دعوى الحق المدني » . وأضافت المحكمة الى ذلك ، رداً على وجه آخر من أوجه الطعن « ان عدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية عن تعويض ضرر ليس ناشئاً عن الجريمة هو مما يتعلق بولايتها القضائية ، فهو اذن من صميم النظام العام ويجب على المحكمة أن تحكم به ولو من تلقاء نفسها ، ويجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة النقض » .

وفي صورة أخرى اتهم شخص بأنه سرق موتوراً من البلدية وكان الموتور قد ضبط بعد أن باعه المتهم الى شخص آخر . فتدخل المشتري وادعى مدنياً ضد المتهم بالمبلغ الذي دفعه له ثمناً للموتور المسروق طالباً بالحكم به عليه متضامناً مع المجلس البلدى لأن المجلس استولى على

الموتور دون أن يرد له الثمن الذي دفعه • وقضت محكمة أول درجة بعقوبة المتهم وبإلزامه مع المجلس البلدى بالتضامن بدفع ثمن الآلة المسروقة الى المدعى المدنى • فاستأنف المجلس البلدى ودفع أمام محكمة ثان درجة بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية بناء على أن الضرر المطلوب تعويضه قد نشأ عن شراء المدعى المدنى الموتور من المتهم وأن هذا الشراء لا يدخل فى الجريمة التى يحاكم عليها المتهم ، وقد رغضت المحكمة الاستثنائية هذا الدفع بحجة أنه كان يجب ابداءه أمام محكمة أول درجة لعدم تعلقه بالنظام العام • غطعن المجلس البلدى فى هذا الحكم ، وقررت محكمة النقض قبول الطعن بحكمها الصادر فى ٢٢ مايو ١٩٤٤ (الحاماة ٢٦ - ٨٣٦ - ٢٨٣) وبنت حكمها على الأسباب التى نقلناها عن حكمها السابق (حكم ٣ أبريل ١٩٤٤) (١٣١ مكرر) وأصافت اليها فى الموضوع « أنه لما كان الضرر الذى لحق المدعى بالحق المدنى وأسس عليه دعواه قد نشأ عن واقعة شرائه الآلة المسروقة ، وهى واقعة مستقلة عن جريمة السرقة التى ما كانت تؤدى بذاتها الى هذا الضرر ، فإن المحاكم الجنائية لا تكون مختصة بنظر هذه الدعوى بل يجب رفعها أمام المحاكم المدنية » •

وفى صورة ثالثة تتنازع فريقان على ملكية منزل كان فى حيازة أحدهما ، وحكم بالملكية وبالتسليم لصالح الفريق غير الحائز ، ونفذ هذا الحكم بمحض تسليم ، ولكن لم يتم اخراج المحكوم ضدهم من المنزل ، فظلوا شاغلين له ، الى أن تقدم مستأجر من الفريق المحكوم لصالحه يريد شغل المنزل والانتفاع به ، فغترض له المحكوم ضدهم ومنعواهم من دخول المنزل غرقت عليهم الدعوى العمومية بسبب هذا الغرض وعوقبوا عليه ، ولكنهم ظلوا شاغلين المنزل • وبعد أربع سنين من ذلك أجر الفريق المحكوم لصالحه المنزل الى مستأجر آخر ، وحاول المستأجر الجديد دخول المنزل فمنعه شاغلوه بالقوة ، غرقت عليهم الدعوى العمومية بالمسادة ٣٧٠ ع • بتهمة الدخول فى منزل مسكون أو معد

للسكنى فى حيازة شخص آخر والبقاء فيه بقصد منع حيازته بالقوة .
وادعى الفريق المحكوم له باللكية والتسليم مدنيا وطلب الزام المتهمين
متضامنين بمبلغ ٢٥ جنيها بصفة تعويض مقابل ما ناله من ضرر ناشئ
عن عدم الانتفاع بالمنزل المذكور وعن تعرض المتهمين له فى هذا المنزل
بدون وجه حق ، فقضت المحكمة الجنائية بعقوبة المتهمين وبالزامهم
متضامنين بالتعويض المطلوب . ثم طعن المحكوم عليهم فى هذا الحكم ،
وقبلت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصادر فى ٢٠ مارس ١٩٤٤
(المحاماة ٢٦ — ٥٧٣ — ٢١٦) وقضت ببراءة الطاعنين بناء على أن المدعى
بالحقوق المدنية ، بعد أن قضى على الطاعنين بالعقوبة فى واقعة التعرض
الأولى ، قد تركهم مقيمين بالمنزل موضوع النزاع ، غفلوا يشغلونه الى
أن ذهب من استأجره فى المرة الثانية للسكن فيه فمنعوه ، فلا تصح
معاقبتهم على أساس أنهم دخلوا منزلا فى حيازة المدعى بالحقوق المدنية
لأن تركه لهم مقيمين به وسكوته على ذلك أكثر من ثلاث سنين يعتبر
تخليا منه عن الحيازة التى حصلت له عند تنفيذ حكم الاخلاء .

وفيما يتعلق بالدعوى المدنية قالت محكمة النقض ان الضرر الذى
أثار اليه الحكم المطعون فيه وجعله أساسا للقضاء بالتعويض لم يكن
ناشئا عن واقعة التعرض المرفوعة بها الدعوى ، بل كان أساسه عدم
انتفاع المدعى بالحق المدنى بالمنزل موضوع النزاع فى مدة سابقة .
وهذا الأمر مهما كان اتصاله بالجريمة المرفوعة بها الدعوى فهو خارج عن
موضوع هذه الجريمة ، ولا يجوز أن يكون الضرر الناشئ عنه أساسا
لدعوى مدنية أمام المحاكم الجنائية ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول
هذه الدعوى والمدعى بالحق المدنى وشأنه فى المطالبة بحقه أمام المحكمة
الدنية .

وظاهر أن الضرر المطلوب تعويضه فى هذه الصورة الأخيرة نشأ عن
وقائع سابقة على الوقائع التى رغبت بها الدعوى العمومية ، فضلا عن
أنه ثبت للمحكمة أن هذه الوقائع الأخيرة لا تكون جريمة ، ولذلك كان
عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية واضحا .

أما في الصورتين السابقتين ، فالأمر على العكس من ذلك اذ يمكن القول بأن علاقة السببية متوافرة بين الضرر المطلوب تعويضه والجريمة التي رغعت بها الدعوى العمومية ، لأن الضرر ما كان يقع في الصورة الأولى لولا أن المتهم زور ايصال البريد والشيكات التي استعملها في صرف المبلغ من البنك ، ولا في الصورة الثانية لولا أن المتهم سرق الموتور الذي باعه الى المدعى المدني ، ولكن محكمة النقض لا تكتفي بهذا النوع من السببية المبني على نظرية تعادل الأسباب ، بل تشترط أن يكون الفعل المكون للجريمة هو السبب المباشر للضرر المطلوب تعويضه (١٣٣) . أما اذا كان السبب المباشر لهذا الضرر فعلا آخر ، ولو كان هذا الفعل وحده غير كاف لاحداث الضرر لولا وقوع الفعل المكون للجريمة ، فإن المحكمة الجنائية لا تكون مختصة بالدعوى المدنية سواء أكان الفعل الذي يعتبر سببا مباشرا فعلا صادرا من المتهم نفسه (كبيع الموتور المسروق) أم كان صادرا من شخص آخر يراد اعتباره مسئولا مدنيا (كخطأ البنك في التحقق من صحة التوقيع على الشيكات) .

المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية تختلف من حيث السبب عن المطالبة به على أساس المسؤولية التعاقدية :

هذا حكم آخر أصدرته محكمة النقض بتاريخ ٣١ مايو ١٩٤٣ (المحاماة ٢٦ - ٨١ - ٣٧) أضاف الى ثلاثة الأحكام السابقة التي أصدرتها فيما بين أول فبراير و ٨ مارس ١٩٤٣ والتي علقنا عليها في حينها (راجع ما تقدم في ص ٩٢ وما بعدها) .

وقع تزوير واختلاس في فرع أحد البنوك ، حيث كان الموظف المكلف بتسلم الغلال من عملاء البنك لحفظها بشؤنته قد استعان بأحد

(١٣٢) راجع في النظريات المخطئة في السببية ، العبيد الغللي بك في المسؤولية الجنائية ص ٢٨ وما بعدها ، سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٩ وما بعدها .

خفراء الشونة في عملية الاستلام والوزن واقتصر هو على أن يدون في سجلات البنك البيانات التي يعطيها له الخفير عن هذه العمليات ، فجرى الخفير على اعطاء الموظف بيانات كاذبة عن مقادير توريد على ما كان يتسلمه فعلا من العملاء ، وصرف قيمة تلك المقادير الزائدة لنفسه بناء على ايصالات الاستلام التي كان يحررها الموظف المختص بالاستلام ، فرفضت الدعوى العمومية على الموظف والخفير ، وادعى البنك مدنيا قبلهما معا . والمحكمة الجنائية تحققت من أن الموظف كان حسن النية وأن كل ما ينسب اليه من خطأ في هذا الموضوع أنه قصر في أداء واجباته المفروضة عليه بموجب عقد استخدامه حيث وكل الى غيره القيام ببعض العمليات المنوطة به ، فبرأته ورفضت الدعوى المدنية الموجهة اليه ، وغضت بمقوبة الخفير ويلزامه بالتعويض .

طعن البنك في هذا الحكم بأن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون اذ بنت على براءة الموظف رفض الدعوى المدنية قبله ، مع ثبوت وقوع اهمال كبير منه لولاه لما وقع التزوير ، واذا قالت بعدم الارتباط بين الجريمة وبين هذا الاهمال دون أن تبين أسبابا لذلك ، وكان يجب عليها اذا صح نظرهما أن تحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية لا برفضها كما فعلت .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن واستندت في ذلك الى أن الدعوى المدنية رغمت من الطاعن أمام المحكمة الجنائية وغضلت فيها المحكمة على أساس الضرر الذي لحقه من الجرائم التي وقعت أى على أساس مساءلة المدعى عليهم بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية ، وأن المحكمة حين انتهت الى أن أحد المتهمين هو وحده الذي قارف الجريمة وأن المتهم الآخر لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه وبين المدعى بالحقوق المدنية ، كان متعينا عليها أن لا تقضى بالتعويض الا على من ثبتت عليه الجريمة لأن حكمها على المتهم الذي خالف شروط العقد لا يكون الا على أساس المسؤولية التعاقدية أى بناء على سبب آخر غير السبب المرغوة به الدعوى أمامها ، وهذا لا

يجوز في القانون ٠٠٠ وأما القول بأن المحكمة كان يجب عليها - وقد صدق النظر الذي ارتأته - أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة للمتهم المذكور ، فمردود بأنه مادامت الدعوى قد رغضت على أساس المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من أن يرفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية ، واذن فإن القضاء برغضاها يكون صحيحا •

ويظهر من حيثيات هذا الحكم أن المحكمة اعتبرت دعوى تعويض الضرر المبنية على أساس الخطأ التعاقدى مختلفة من حيث السبب عن دعوى تعويض ذات الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية ، وإنها بنت على ذلك نتيجتين من النتائج التي سبق أن أشرنا الى ترتبها على نظرية المحاكم في تعدد السبب في دعاوى المسؤولية (راجع هذه النتائج ونقدنا لها فيما تقوم في ص ١٢٥ وما بعدها) : الأولى أنه لا يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها دعوى تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أن تحكم فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية . والثانية أن رفض دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا يمنع من رفع دعوى جديدة على أساس المسؤولية التعاقدية ، أي أن الحكم الذي يصدر في دعوى التعويض المبنية على المسؤولية التقصيرية لا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة الى دعوى تعويض أخرى ترفع عن الضرر ذاته على أساس المسؤولية التعاقدية •

والجديد في الحكم محل هذا التعليق إنما هو تطبيق هذه النتيجة الأخيرة • أما النتيجة الأولى فقد سبق أن طبقتها الأحكام الثلاثة التي أشرنا إليها ، ونحن قد غندنا نظرية المحاكم في تعدد السبب في دعاوى المسؤولية ونقدنا جميع النتائج التي تترتب عليها • وأهم اعتراض يوجه الى هذا التطبيق الجديد لنظرية المحاكم أنه إذا كان الحكم القاضي برفض التعويض في دعوى المسؤولية التقصيرية لا تثبت له حجية الشيء

المحكوم فيه بالنسبة الى دعوى التعويض عن الضرر ذاته على أساس المسؤولية التعاقدية ، فما الذى يمنع المدعى من انكار هذه الحجة حتى بالنسبة الى الحكم الذى قضى له فى الدعوى الأولى بالتعويض ليتمكن من الحصول فى الدعوى الثانية على حكم آخر بالتعويض ويحصل بذلك على تعويض مضاعف عن الضرر الواحد سيكون الضرر الذى أصابه سببا لآثاره على حساب الغير ؟

— ٥ —

تطبيق على حكم نقض جنائى صادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١١٩ لسنة ٢٠ ق بشأن تعيين السبب فى دعوى المسؤولية المدنية (*) :

المبدأ القانونى — متى رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة على أساس مسالة من رفعت عليه عن فعله الشخصى فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمسالته عن فعل تابعه ، والا فانها تكون قد خالفت القانون .

تطبيق : يثير هذا الحكم مسألة السبب فى دعوى المسؤولية : وهى مسألة طال اختلاف الفقه والقضاء الفرنسين والمصريين فى شأنها . فقد أجازت غالبية المحاكم النظر فى دعوى التعويض على أساس المسؤولية المفترضة أو المسؤولية العقدية بعد أن تكون المحكمة الجنائية قد برأت المدعى عليه ورفضت الزامه بالتعويض على أساس المسؤولية الشخصية المبنية على خطأ ثابت ، وعللت قضاءها بذلك بأن السبب فى دعوى المسؤولية هو النص القانونى الذى يستند اليه المدعى فى المطالبة بحقه فى التعويض فاذا بنى المدعى دعواه على نص معين كالمادة ١٥١ مدنى قديم فرفضت ، ثم رفع دعوى جديدة عن ذات الضرر استنادا الى نص آخر كالمادة ١٥٣ مدنى قديم كانت دعواه الجديدة جائزة القبول

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء (دار النشر للجامعات المصرية) السنة الرابعة ص ١٤٩ من قضاء النقض الجنائى .

باعتبار أن سببها مغاير لسبب الدعوى الأولى (نقض فرنسي عرائض
٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٢٢٤ ، مدنى ٤
يناير ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ — ١٢٩ ، مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠
غازيت القضاء ١٩٣٠ — ٢ — ٩٦٠ ، مدنى ١٦ مارس ١٩٣٧ غازيت
القضاء ١٩٣٨ — ٢ — ٣٥ ، نقض مصرى جنائى ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحاماة
١٢ — ٢٦٣ — ١٤٣ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ —
٢٩٤ ، أول جبراير ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٤٨٠ — ١٦١ ، أول مارس ١٩٤٣
المحاماة ٢٥ — ٤٩ — ٢٦) •

وقد رتبنا المحاكم على ذلك عدة نتائج أخرى منها (أولا) أن
الحكمة لا تملك من تلقاء نفسها أن تغير سبب المسؤولية وأن تحكم
للمدعى بالتعويض على أساس آخر غير الذى بنى عليه دعواه •
و (ثانيا) أن المدعى بالتعويض لا يجوز له أن يغير أساس دعواه أمام
محكمة ثانية درجة لأن ذلك يعتبر طلبا جديدا مما لا يجوز التمسك به
لأول مرة في الاستئناف • و (ثالثا) أن المصاب اذا طالب بالتعويض أمام
الحكمة المدنية على أساس المسؤولية العقيدية أو أى نوع آخر من أنواع
المسؤولية المفترضة ، فان قاعدة *Una electa via non datur recursus*
ad alteram لا تحول دون استعمال حقه في رفع دعوى الجنحة المباشرة
والادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية مناء على الخطأ الشخصى الثابت ،
لأن هذه القاعدة لا تنطبق الا اذا كانت الدعوى المرفوعة الى المحاكم
المدنية مبنية على هذا الخطأ ذاته •

وقد هالت هذه النتائج كثرة الشراح وبخاصة لأنها تهدم في دعاوى
المسؤولية حجية الأمر المقضى وتسمح بتجدد المنازعات فيها الى أبعد
حد ، فهدفتهم الى نقد النظرية من أساسها والى البحث في تعيين ما يعتبر
سببا في دعوى المسؤولية ، وخلصوا من ذلك الى أن السبب هو الفعل
المضار ذاته أيا كان التكيف القانوني لهذا الفعل أو النص الذى بنى عليه
المدعى دعواه ، وقالوا ان حق المصاب في التعويض ينشأ من الفعل

الضرر ، فيكفي أن يبنى المدعى دعواه على هذا الفعل ويتعين على المحكمة أن تكييف هذا الفعل وأن تعين النص القانوني الذي ينطبق عليه ولو كان المدعى لم يعينه أو أخطأ في تعيينه . وبناء على ذلك يكون للمحكمة أن تغير الأساس القانوني الذي بنى عليه المدعى دعواه دون أن يعتبر ذلك تغييرا لسبب المسؤولية أو فصلا في دعوى منافية للدعوى التي رفعها المدعى ، بل أن ذلك يعتبر واجبا على المحكمة لأنها هي المكلفة بتطبيق القانون على الوقائع ، فإذا لم تفعل كان حكمها قابلا للطعن فيه للخطأ في تطبيق القانون . أما أن فعلت ، كان حكمها صحيحا وحاز حجية الأمر المقضي ولم يجوز للمدعى بعد ذلك أن يرفع عن ذلك الفعل الضرر دعوى جديدة على أساس نص آخر أو تكييف آخر غير النص أو التكييف اللذين أخذت بهما المحكمة في المرة الأولى (انظر في هذا المعنى بحثنا في تكييف الفعل الضرر في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٨٥ وما بعدها . والمراجع العديدة المشار إليها فيه) (*) .

غير أن هذا الرأي مع وجاهته يرد عليه تحفظ فيما يتعلق بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، فإن هذه المسؤولية ليس سببها فعل التابع محسوب ، بل خضوع التابع لرقابة المتبوع ونص القسانون على اعتبار ذلك سببا لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، فيمكن القول أن دعوى المسؤولية التي ترفع على أساس الفعل الضرر وحده تختلف في سببها عن الدعوى التي ترفع على المتبوع تأسيسا على ما له من سلطة الرقابة على تابعه (١٣٣ مكرر) .

ويلاحظ أن هذه الصورة هي التي كانت معروضة على المحكمة في الحكم محل هذا التعليق ، والتي قررت في شأنها أنه « متى رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة على أساس مسائلة من رفعت عليه الدعوى عن فعله الشخصي ، فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساعلته عن فعل تابعه ، وإن فعلت كان حكمها مخالفا للقانون

(*) منشور فيما تقوم في ص ٩٠ وما بعدها .

(١٣٢ مكرر) راجع ما تقدم في ص ١٢٧ و ص ١٢١ هامش ٩٨ .

متعينا نقضه والحكم برفض الدعوى كما كانت موجهة الى الطاعن عن فعله الشخصى والدعون بالحق الدنى وشأنهم فى رفع دعوى بطلباتهم الجديده أمام المحكمة المدنية » .

وظاهر أن هذا الحكم يستقيم مع قضاء المحاكم الذى قام على نظرية تعدد السبب فى دعاوى المسئولية ، كما يستقيم مع رأى الفقه الذى يأخذ بنظرية وحدة السبب فى دعاوى المسئولية ويستثنى منها مسئولية المتبوع فيعتبر لها سببا خاصا غير الفعل الضار الذى يعتبر سببا لجميع انواع المسئولية الأخرى (*) .

— ٦ —

تعليق على حكم نقض جنائى بشأن اختصاص المحكمة الجنائية بدعوى التعويض عن الاخلال بالعقد (* *) :

المبدأ القانونى — ان المحكمة الجنائية لا تختص بالحكم فى التعويضات المدنية الا اذا كانت ناشئة عن الفعل الخاطىء المرفوعة به الدعوى باعتباره مكونا لجريمة . واذن فاذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد برأت المتهم من التهمة المسندة اليه والتي رفعت الدعوى المدنية بالتبعية لها ، ورفضت الدعوى المدنية على أساس أن الموضوع لا جريمة فيه ، ثم جاءت محكمة الدرجة الثانية فحكمت على هذا المتهم بالتعويض على أساس الاخلال بالتعاقد الذى قالت بحصوله فانها تكون قد قضت

(*) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى أصول الإثبات واجراءاته ط ٤ ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٨ وما بعدها ، وما تقدم فى ص ١٢٧ و ص ١٤١ هابش ١٩٨٠ .
(* *) نقض جنائى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١٠١ سنة ٢٠ ق منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ص ١٩٢ من قسم القضاء الذى ، يل ، قسم قضاء النقض (الدائرة الجنائية) .

في أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية وحدها ولا شأن للمحاكم الجنائية به » .

تعليق : تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعية اشترت من المدعى عليهما عقارا اتضح أنه موقوف غرقت عليهما جنحة مباشرة متهمه اياهما بالاحتيال عليها والاستيلاء على الثمن منها وطلبت الزامهما برد الثمن اليها مع التعويض . وقد برأت محكمة الجنح المتهمين استنادا الى أنهما لم يخدعا المشتري في حقيقة العقار المبيع ورفضت الدعوى المدنية باعتبار أن الموضوع نزاع لا جريمة فيه . فاستأنفت المشتري هذا الحكم طالبة الزام البائعين برد الثمن مع التعويض . وأجابت المحكمة الاستئنافية طلبها بناء على ما ثبت لديها من اشتغال ذمة البائعين بالثمن الذي قبضاه ومن تقصيرهما في وفاء ما تمهدا به من ابطال وقف العين المبيعة . فطعن أحد المدعى عليهما في هذا الحكم بطريق النقض بمقولة ان الحكم قد ألزمه برد الثمن مع التعويض بناء على اشتغال ذمته بالثمن وعلى تقصيره في ابطال الوقف في حين أن الثابت من الأوراق أنه لم يكن طرفا في عقد البيع المذكور ولم يستلم شيئا من الثمن .

ولكن محكمة النقض لم تبحث هذا السبب الذي بنى عليه الطعن ؛ وأثارت من تلقاء نفسها سببا آخر نقضت من أجله الحكم المطعون فيه ؛ ذلك السبب هو عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالحكم في الطلبات على أساس المسؤولية العقدية ؛ فقاتت في ذلك ان المحكمة الجنائية لا تختص بالحكم في الدعوى المدنية الا اذا كانت ناشئة

اما من حيث المبدأ ، فان المادتين ١٤٧ و ١٧٢ من قانون تحقيق الجنايات الأهمى قد جعلتا لمحاكم المخالفات ومحاكم الجنح عند القضاء بالبراءة اختصاصا جوازيا في الفصل في الدعوى المدنية ، أى أنهما جعلتا الحكم في طلب التعويض اختياريا للمحكمة ان ساءت أخته ، وان شاءت تركته مع حفظ حق المجنى عليه في رفع دعواه الى المحكمة المدنية (القللى بك في شرح تحقيق الجنايات ص ١٣٤) .

وبعالم هذا الاختصاص برغبة المشرع في الاغادة من التحقيقات الجنائية حتى في حال البراءة • أما الخوف من قيام الضرر بتصوير جرائم جنائية لا أساس لها تذرعا لجعل المحاكم الجنائية مفتحة بدعواه المدنية ، فتدروؤه سلطة هذه المحاكم في التخلي عن هذه الدعوى اذا رأت أن التهمة المرفوعة بها الدعوى ظاهرة البطلان (جندى بك عبد الملك ص ٦٧٤) •

ومن المسلم أن حكم البراءة في جرائم العمد لا يمنع المحاكم المدنية من الحكم بالتعويض عند ثبوت خطأ غير عمدى • وإذا كانت المحاكم قد خالفت الفقه فيما يتعلق بجرائم الاعمال فجرت على أن الحكم بالبراءة في هذه الجرائم لا محل معه للحكم بالتعويض الذى يبنى على أساس الخطأ الثابت ، فانها قد سلمت بأنه لا يمنع من الحكم بالتعويض على أساس الخطأ المفترض أو على أساس المسؤولية العقدية (انظر نقض جنائى ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٢٦٣ - ١٤٣ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ - ٧٦١ - ٢٩٤ ، مدنى ٣١ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ - ٨١ - ٣٧ ، والأحكام الأخرى المشار إليها في كتابنا أصول الاثبات في المواد المدنية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ٣٣٠ هامش ٢) (*) •

ومادام المشرع قد جعل للمحاكم الجنائية - حتى في حالة الحكم بالبراءة - اختصاصا في الفصل في تعويض الضرر الناشئ عن الفعل الذى رفعت به الدعوى الجنائية ، فان هذا الاختصاص يثبت لها أيا كان التكييف القانونى لهذا الفعل الذى يعتبر السبب في دعوى المسؤولية ، ولا يجوز أن يؤثر في هذا الاختصاص وصف المسؤولية الناشئة عن هذا الفعل بأنها مسئولية تقصيرية أو عقدية أو بأنها مبنية على الخطأ الثابت أو على الخطأ المفترض (في هذا المعنى هنرى وليون مازو نبذة ١٨٥٧ ونبذة ٢٠٣١ ، وهنرى مازو في المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩

(*) انظر فيما استجد بعد ذلك مؤلفنا في أصول الاثبات واجراءات الطبعة الرابعة ج ٢ سنة ١٩٨٦ نبذة ٢٢٠ ص ٢٨٨ وما بعدها .

ص ٦٦٤ نبذة ١٥٧ ، وبحثنا في تكييف الفعل الضار ، مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢٤٣) المنشور فيما تقدم في ص ٩٠ وما بعدها .

غير أن القانون لا يلزم محكمة الجنح بذلك ، بل يترك لها التقدير ، فإذا هي رأت أن تفصل في التمييز عن الفعل الذي رغبت به الدعوى الجنائية أيا كان تكييفها لهذا الفعل ، فلا تعتبر في رأي مجاوزة في ذلك حدود اختصاصها ، ولم يكن حكمها يستوجب النقض لعدم الاختصاص .

وبالتالي كان يجدر بمحكمة النقض ألا تثير هذا السبب من أسباب النقض من تلقاء نفسها ، وكان يتعين عليها أن تنظر في السبب الذي تمسك به الطاعن وهو مخالفة الحكم فيه لقواعد الإثبات وللثابت من أوراق الدعوى .

- ٧ -

يطبق على حكم استئناف مصر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٢٨ بشأن الترتيب الواجب اتباعه في اثبات كل من ركني الخطأ والضرر (*) :

أي ترتيب يجب مراعاته في اثبات كل من الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية ؟

أركان المسؤولية التقصيرية الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ويقع على المدعي بالمسؤولية عبء اثبات هذه الأركان الثلاثة طبقاً للقواعد العامة . والغالب أن يقيم المدعي الدليل على توافر هذه الأركان الثلاثة دفعة واحدة ، أو أن لا تكون هناك على الأقل مصلحة ظاهرة في تحميم ترتيب معين يجب مراعاته في اثبات هذه الأركان الثلاثة

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مايو ١٩٤٣ .

على التعاقب • ولكن من الممكن تصور وجود مثل هذه المصلحة ، كما في
المثل الآتي :

وقع لسائق سيارة خصوصية حادث تصادم أودى بحياته ، لمطالب
والد هذا السائق مالك السيارة بالتعويض ، وبني طلبه على أن السيارة
التي كان يقودها ولده كان بها خلل في عجلة القيادة وفي الفرامل وكان
هذا الخلل سببا في عدم تمكن ولده من ضبط قيادتها وتوجيهها حيث
يريد ، وطلب من المحكمة أن تحيل الدعوى الى التحقيق وترخص له
بإثبات وجود العيب سالف الذكر وقت حصول الحادثة التي سببت وفاة
ولده ، وأجابه المحكمة الى طلبه بحكم تمهيدى •

استأنف المدعى عليه هذا الحكم التمهيدي ومن بين الأسباب التي
بني عليها هذا الاستئناف أن المدعى لم يثبت أن وفاة ولده ألحقت به
ضررا ماديا أو معنويا مما يصح أن يكون أساسا للتضمنينات القانونية ،
فلم يكن يجوز للمحكمة أن تحيل الدعوى الى التحقيق لتمكين المدعى من
اثبات الخطأ ، مادام ركن الضرر لم يقم عليه دليل بعد • فنظرية المستأنف
في ذلك أن الإثبات يجب أن يبدأ بركن الضرر أولا ، ونظرية الحكم
التمهيدى والمستأنف عليه أن الإثبات يجب أن على الأقل يجوز أن يبدأ
بركن الخطأ •

وقد فصلت محكمة استئناف مصر في هذا الخلاف بتاريخ ٢٢
ديسمبر ١٩٣٨ (الحاماة ٢٠ - ٤٥٥ - ١٦٩) بأن قررت أن البحث في
الضرر الناشئ عن الخطأ لا يكون الا بعد اثبات الخطأ نفسه أو بعد
التسليم به ممن نسب اليه ، وقضت برفض الاستئناف وتأييد الحكم
الابتدائي بعد أن ثبت لديها أن المستأنف نفسه لا ينازع في أن التحقيق
هو طريق الإثبات الوحيد لما يدعيه المستأنف عليه •

ونحن لا يسعنا الا أن نخالف محكمة الاستئناف فيما ذهبت اليه
من وجوب البدء بإثبات ركن الخطأ قبل ركن الضرر ذلك أن دعوى

المسئولية المدنية ان هي الا دعوى مطالبة بتعويض عن ضرر ، فأول ما يكلف رافعها اثباته انما هو الضرر الذي يشكو منه والذي يطلب تعويضه لأنه ما لم يثبت الضرر لا يكون له مصلحة في رفع الدعوى ولا في طلب الاحالة على التحقيق ولو لتمكينه من اثبات ركن الخطأ . ونعتقد أن المستأنف قد أصاب حين بنى استئنافه على ذلك وأن المحكمة قد جانبت الصواب فيما قررته .

على أنه يجب علينا المبادرة الى التنويه بأن بقية أسباب الحكم لم تخل مما يبرر من الناحية الموضوعية على الأقل رفض الاستئناف وتأبيد الحكم التمهيدى .

ذلك أن المحكمة بعد أن قررت المبدأ الذى انتقدناه تشككت في صحته أو على الأقل في كفايته فقالت « وحيث أنه فضلا عن ذلك ، فانه مما لا يقبل عقلا أن وفاة ولد في ريعان الشباب لا تحدث ضررا ماديا ولا معنويا لوالده الشيخ الفانى » . وظاهر أنها بهذه الحيثية استعانت بالقرائن القضائية لاعتبار ركن الضرر ثابتا ولتبرير الاحالة على التحقيق لاثبات ركن الخطأ ويخيل الينا أنه لولا ذلك ما استراحت الى رفض الاستئناف وتأبيد الحكم التمهيدى (**) .

عدم مسئولية الموكل من تجاوز الوكيل حدود توكيله (*) —**
من المبادئ المسلم بها أن النائب اذا جاوز حدود نيابته فقد صفة

(*) يراجع في ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه في المسئولية المدنية من ١٩٥٢ و من ١٩٥٤ نبذة ٥٥ ص ٩٢ ، ومؤلفنا في مسئولية (المنية) في تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧١ نبذة ٦٢ ص ١٢٨ و ص ١٣٠ والاحكام المشار اليها في هذا المرجع الاخير ص ١٢٨ هامش ١ .
(**) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة برباير ١٩٣٧ ، ص ٢٤٧ .

النيابة ، فلا ينتج العمل الذى قام به أثره القانونى بالنسبة للأصيل ، بل يعتبر هذا أجنبيا عنه (السهنورى بك فى نظرية العقد ص ٢١٦ نبذة ٢٠٨) ، وأنه اذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد بتوكيل واحد ولم يصرح لأحدهم بانفراده فى العمل فلا يجوز له ذلك (المادة ٥١٩/٦٣٥ مدنى) الا اذا كان ما يريد الوكيل مباشرته مما لا يحتاج فيه الى رأى كإيفاء الدين ، أو كان مما لا يمكن اجتماع الوكلاء عليه كالخصومة (محمد كامل مرسى بك فى العقود المدنية الصغيرة ص ٣٠٣ نبذة ٤٦٩) ، وبالأولى لا يجوز الانفراد لأحد من الوكلاء اذا حظر عليهم ذلك بنص صريح فى سند الانابة .

وبناء على ذلك حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٤ مايو ١٩٣٦ بأنه اذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراسا على أعيان وقف قد حظر فيها عليهم أن ينفرد أحدهم بأى عمل والا كان باطلا ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فان عقد الايجار فى هذه الحالة لا يلزم الوقف ، ولو كان المستأجر حسن النية ، لأن النائب خرج بهذا التعاقد عن حدود نيابته ، ولأنه كان يجب على من تعاقد معه أن يتحرى صفة نيابته وحدودها فاذا قصر فعليه تبعة تقصيره (المحاماة ١٧ - ١٧٠ - ٨٠) .

ولا غبار على حكم النقض فيما قضى به ، غير أننا نلاحظ أنه اذا كان الحارس المنفرد بالايجار قد جرى على مثل ذلك مدة طويلة فى عقود متعددة ، ونفذت تلك العقود بغير أن يطعن فيها أحد ، فان المستأجر حسن النية يلتصق له العذر اذا لم يتحر صفة النائب وحدود نيابته ، فيسرى العقد على الأصيل ، لأنه هو المقصر فى عدم معارضته فى انفراد هذا الحارس بالعمل فى بادىء الأمر ، وقد حكمت المحاكم الفرنسية بمثل ذلك (أنظر السهنورى بك فى نظرية العقد ص ٢١٦ نبذة ٢٠٨ هامش ٢) . واذا كان العقد غير ملزم للأصيل ، فانه كذلك لا يلزم النائب (الا اذا كان القانون ينص على ذلك كما هو شأن المادة ١٧٩ من

القانون المدني الألماني) • ولكن النائب يجوز أن يسأل عن نتيجة عمله مسئولية تقصيرية ، وفي هذه الحالة قد تتناول المسئولية موكله أيضا ، إذا توافرت بينه وبين نائبه علاقة السيد بتابعه (السهوري بك في نظرية العقد ص ٢٢٦ نبذة ٢١٩) ، ويجوز حينئذ الأصل أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بما يجوز للنائب دفعها به عن نفسه (سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٢٢) • فإذا كان المستأجر قد قصر في تحري صفة نيابة الحارس المؤجر وحدودها ، أمكن هذا أن يتمسك بتقصير المستأجر في ذلك ، فتوزع المسئولية بينهما وفقا لقواعد الخطأ المشترك ، ويستفيد الأصل من ذلك أنه لا يسأل الا بمقدار نصيب النائب في المسئولية المشتركة •

ولكن أيمن القول بأن الحارس يعتبر تابعا لجهة الوقف أو ناظرية أو دائنيه ؟ لا شك في عدم امكان ذلك ، وفي أن حكم النقض لا غبار عليه فيما قضى به من جميع الوجوه • غير أنه يجب التحرز من تعميم المبدأ الذي قرره لأنه لا ينطبق على كثير من الحالات كما رأينا ، اذ يصح في بعض الأحوال أن يكون العقد ملزما للأصيل ، ويجوز في البعض الآخر أن يسأل الأصيل عن عمل وكيله المنفرد مسئولية تقصيرية •

مسئولية مصلحة الآثار عن عدم تجديد رخصة الاتجار
بالماديات وعمما ترتب على ذلك من النتائج المرتبطة بعضها ببعض (*) -
إذا حدثت عدة نتائج ضارة متسلسلة فيما بينها ، وانحصر السبب في خطأ واحد ، فإن رابطة السببية التي تقوم عليها المسئولية لا تعتبر متوافرة الا بالنسبة الى النتائج المباشرة لذلك الخطأ دون غيرها (المادة ١٢١/١٧٩/١١٥١ مدني) ، على أنه ليس من السهل تعيين النتائج

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٢٤٩ •

المباشرة والفرقة بينها وبين غيرها (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٥) .

وقد ضرب بوتيه للناتج غير المباشرة مثل بيع بقرة مصابة بالطاعون تنقل العدوى الى قطيع من اشترها ، فتسبب موت القطيع وبوار الأرض وعدة خسائر أخرى قد نشأ بعضها عن بعض ، حتى تنتهي بافلاس ذلك المشتري (بوتيه الاتزامات ، طبعه Bugnet ج ٢ نبذة ١٦٦) .

وبالعكس من ذلك الوقائع التي عرضت أخيراً على محكمة النقض المصرية في القضية الآتية :

كانت مصلحة الآثار قد سحبت رخصة أحد تجار العاديات ورغضت تجديدها ، ثم اتهمته بالاتجار بغير رخصة ، فترتب على ذلك تحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله وتفتيشه ، وإزالة اللوحة المعلقة على متجره ، وحرمانه من الطمأنينة في الاتجار ، وخسارته مبالغ جسيمة لهذا السبب ، فطالب المصلحة بالتعويض عن كل ذلك ، فردت المصلحة الدعوى بأن رخصة الاتجار في العاديات موقوتة الأجل ، بحيث إذا انتهت أمدها يكون للمصلحة خيار تجديدها وعدم تجديدها ، فلا خطأ عليها في استعمال حقها في عدم التجديد ، أما ما كان من تحرير محضر مخالفة ضد التاجر وتفتيشه ومحاكمته ، فقد دفعت المصلحة مسؤوليتها عنه بأن مفتشها كان يقوم عند تحرير المحضر والتفتيش بعمل من أعمال الضبطية القضائية .

وقد حكمت محكمة النقض ببراءة التاجر من المخالفة ، بناء على أن مصلحة الآثار قد أخطأت في تفهم القانون ، فليس لها أن تسحب منه هذه الرخصة ، لأن رخصة الاتجار يجب أن تكون مطلقة من كل قيد زمني ، فإذا أعطيت إليه موقوتة ، وجب أن يعتبر المرخص له أن هذا القيد معدوم (راجع المادة ١٣ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢) ،

وقضت محكمة الاستئناف في الدعوى المدنية ، بمسئولية مصلحة الآثار عما وقع منها من خطأ في سحب الرخصة وعن كل ما ترتب على ذلك من النتائج السابق الاشارة اليها ، لاتصالها بعضها ببعض اتصال الأسباب بالمسببات (انظر أيضا عياش ج ١ نبذة ١٦٣٧ ، ومؤلفنا في المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الأول سنة ١٩٧١ ص ٤٧٤ وما بعدها ، استئناف مصر ١٢ مايو ١٩٣٥ المحاماة ١٦ - ٢٩٣ - ١٢٣) . وقد أيدت محكمة النقض في ٩ أبريل ١٩٣٦ حكم الاستئناف « لأنه لم يحمل مصلحة الآثار الا مسئولية خطئها في سحب الرخصة من المطعون ضده ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجرا في العاديات بغير رخصة ، الى غير ذلك مما سبق ايراده ، ومما سلب المطعون ضده طمأنينته في الاتجار ، سواء أكان في بيع ما عنده أو شراء ما عند الغير ، ولا شيء فيما فعلته المحكمة من ذلك مخالف للقانون » (القانون والاقتصاد ٩ ملحق ٦ ص ١٧٦ المحاماة ١٧ - ٧٤ - ٤٥) .

وهذا مثال بارز لتواغر علاقة السببية مع تعدد حلقاتها ، ولاعتبار النتائج مباشرة مع كثرة تسلسلها .

مسئولية مصلحة السكك الحديدية عن حوادث المجازات السطحية (المزلقات) (*) - تعددت في السنين الأخيرة الأحكام الصادرة بشأن حوادث المجازات السطحية وتباينت ، وقد صدر أخيرا حكمان متعارضان أحدهما من محكمة استئناف مصر الوطنية بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٣٧ ، والآخر من محكمة الاسكندرية المختلطة بتاريخ ١٤ يناير ١٩٣٦ .

أما حكم الاستئناف الوطنى فقد قرر أن المصلحة ليست ملزمة بحراسة الممرات ليل نهر ، وأن قيامها بحراسة بعضها في أوقات معينة

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة نوفمبر ١٩٣٧ ، ص ١٠٣٧ . وانتظر أيضا ما سيحيى في ص ١٨١ وما بعدها .

لدرء ما يحتمل وقوعه من الأخطار على عديمي الاحتياط والحذر ممن يقصدون عبور السكك الحديدية لا يلزمها بالحراسة في غير تلك الأوقات، إذ أنه يتعين على كل انسان أن يتخذ الحيطة والحذر لنفسه قبل اجتياز المزلقانات وأن يتمتع عن اجتياز السكك الحديدية المعدة بطبيعتها لسير القطارات عند اقترابها من الممرات بغير لزوم الى تنبيهه الى ذلك (استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٧ المأماة ١٧ — ١١٨٠ — ٥٩٠) •

وليس هذا الحكم فريدا في نوعه ، فقد سبقته في تقرير هذا المبدأ أحكام أهلية ومختلطة (استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ — ٢٥ — ١٢ !لمأماة ١١ — ٥٩ — ٣٣ ، استئناف مختلط ٨ يونيه ١٩٣٣ (حكمين) العازيت ٢٥ — ١٣ — ١٦ ، ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ العازيت ٢٥ — ١٤ — ١٧ ، ١٩ أبريل ١٩٣٤ العازيت ٢٥ — ١٥ — ١٨) • ويؤخذ على هذه الأحكام جميعا أنها تنفى عن مصلحة السكك الحديدية أبسط الواجبات الأولية المجمع عليها من المحاكم والشرائح والتي توجب على كل من يستعمل شيئا ما أن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة التي تحول دون حدوث ضرر للغير من ذلك النشئ (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٥٥ وباللغة الفرنسية ٤٨) •

صحيح انه غير معقول أن تكلف مصلحة السكك الحديدية خفارة كل شبر من الطرق التي تمر بها قطاراتها ، ولكن هذا ليس معناه اعفاء المصلحة من واجب خفارة تلك الطرق جميعا حتى في المراكز التي يكثر فيها تعريض الناس للمخاطر ، وانما يجب الاعتراف بأن المصلحة مكلفة بسبب استغلالها للطرق الحديدية وما ينجم عن ذلك من تعريض الناس للخطر أن تتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية الجمهور في المراكز التي يكثر فيها تعريضه للخطر • والحقيقة كما يقول الدكتور بهجت بدوى ان واجب المصلحة في خفارة المجازات مسألة موضوعية ، لا يمكن البت فيها بصورة واحدة ايجابية أو سلبية ، بل يجب تركها لتقدير محكمة الموضوع ، فهي التي تقدر واجب المصلحة في خفارة مجاز معين أو تركه ،

وهي في تقديرها تراعى موقع هذا المجاز وحركة المرور عليه باعتبار الزمان والمكان ، وهي وحدها التي تقدر ان كان من الواجب اغلاق المجاز عند اقتراب القطارات أو الاكتفاء بخفصارتها ، أو مجرد وضع علامة لتنبيه السيارات وانارته ليلا ، ولا يمكن التسليم بأن المصلحة هي وحدها صاحبة الشأن في تقدير ذلك ، لأن نظامها الموضوع ، وهو نظام استغلال ، لا يصح أن يعفيها من واجباتها القانونية التي تقدرها المحكمة ، وشأنها في ذلك شأن الشركات الخاصة (مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٣ - ١٥٢) .

وقد شمرت محاكمنا المصرية مختلة وأهلية أحيانا بأن اعفاء مصلحة السكك الحديدية بصفة عامة من واجب خفارة مجازاتها لا يتفق مع أبسط مبادئ العدالة . فذهبت في بعض أحكامها الى حد افتراض وجود قرينة قانونية على خطأ المصلحة ، وكفت نفسها مؤونة المناقشة في وجود ذلك الواجب القانوني أو عدم وجوده (أنظر استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٢٠ الغازيت ١٠ - ١٨١ : ٥ فبراير ١٩٣١ (٤٣ ص ٣٠٥) ، استئناف مصر ٢٤ يونيه ١٩٣٣ المجموعة ٣٤ - ٤٩٤ - ٢٤٠) . غير أننا نشك في صحة هذا الحل من الوجهة القانونية لعدم وجود نص يساعد عليه ، ونرى أنه أيسر على المحكمة أن تقرر وجود واجب قانوني بخفارة المجازات ، من أن تفرض انشاء قرينة قانونية ، لأن تقدير الواجبات القانونية متروك أمره للمحكمة ، بينما انشاء القرائن القانونية لا يكون بغير نص (١) .

أما حكم محكمة الاسكندرية المختطة الذي أشرنا اليه في بدء هذه التعليقات فقد اتبع المبادئ الصحيحة وتماشى أوجه النقد التي أسلفناها ، فقد قرر في حيثياته :

» انه يجب التسليم منذ الآن بأن القساعة التي من مقتضاها ألا تنال مصلحة السكك الحديدية عن الحوادث التي تقع بسبب عدم خفارة

(١) أنظر ما تقدم في ص ٢٨ وما بعدها عن معيار التقدير الكمي للواجبات القانونية .

المجازات ليلا أصبحت مبالغا فيها trop générale • وانه اذا كان من المسلم به قضاء أن القانون لا يوجب على مصلحة سكك الحديد حراسة مجازاتها حراسة دائمة ليل نهار ، فان ذلك لا يترتب عليه وجوب اعفاء المصلحة من كل مسؤولية ومهما كان مكان وقوع الحادث ، وانه اذا كان من المعقول لاعتبارات مالية عدم التزام المصلحة بخفارة سككها الحديدية على طول الطريق من ساحل البحر الأبيض الى أقصى السودان حتى في المواضع التي يندر اجتياز الناس اياها ، فانه من جهة أخرى يجب ألا تكون المصلحة مطلقة الحرية في تقدير الاحتياطات اللازمة لحماية أرواح الجمهور في ضاحية من ضواحي مدينة كالاسكندرية » •

وتطرقت المحكمة من ذلك الى فحص ظروف الزمان والمكان التي وقعت فيها الحادثة موضوع القضية ، وكانت نتيجة بحثها أن قررت أنه كان يجب على المصلحة خفارة ذلك المجاز خفارة دائمة (اسكندرية المختلطة ١٤ يناير ١٩٣٦ الغازيت ٢٧ - ٧ - ٣) •

وقد سبق أن طبقت المحاكم المختلطة هذه المبادئ نفسها ، فأعفت المصلحة من مسؤوليتها عن عدم خفارة أحد المجازات ليلا بعد أن ثبت لها قلة حركة المرور في ذلك المجاز (استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٩٣٥ الغازيت ٢٧ - ٨ - ٤) ، وجعلتها مسئولة في ظروف أخرى كانت تقضى عليها باتخاذ احتياطات معينة (استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٣٦ الغازيت ٢٧ - ٨ - ٥) ، وكذلك طبقتها محكمة الاستئناف الأهلية في القضية رقم ٦٢٩ سنة ٣٧ ق حيث قررت أنه مع عدم انتقاد عمل وزارة المواصلات الاداري وتحديد النقط التي وضعت فيها المزلقانات فانه يجب على المحاكم عند وقوع حادثة ينشأ عنها ضرر للأفراد أن تبحث في ظروف الدعوى وتقرر ما اذا كان من الواجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ من الطرق والاحتياطات ما هو أكثر نفعاً وضماناً من التي اتخذتها ، فاذا ثبت أن هناك طريقاً قاطعاً للسكة الحديدية يصل بلدين وليس به مزلقان بينما توجد مزلقانات في جهتين أخريين دون الأولى في الأهمية ، عد ذلك تقصيراً من مصلحة السكة الحديدية موجبا للمسؤولية (المحاماة

١ — ٤٥٨ — ٨٨) • أما حكم محكمة الاسكندرية المختلطة سالف الذكر
فيمتاز فضلا عن تطبيقه تلك المبادئ الصحيحة بتقريرها في صراحة
تامة •

مسئولية السكك الحديدية عن حراسة مزلقاناتها ، وتقدير الواجب الذى يعتبر الاخلال به خطأ يستوجب المسؤولية (*) :

اساس المسؤولية الخطأ ، وهو اخلال بواجب سابق ، والواجبات
التي يعد الاخلال بها خطأ اما أن يعينها القانون بنصوص خاصة توجب
أمورا معينة تعيينا دقيقا كالواجبات المحددة التي تفرضها لوائح المرور
على قائدى السيارات ، واما أن يكتفى في تعيينها بتقرير مبدأ عام يترك
للقاضى تطبيقه لتعيين الواجبات في كل حالة على حدة حسب مقتضيات
الظروف كالمبدأ الذى يوجب في استعمال الرخص القانونية اتخاذ الحيطة
اللازمة لتحاشى الاضرار بالغير •

وفي هذه الأحوال الأخيرة يكون تعيين الواجب ومداه متروكا
لاجتهاد الشخص وضميره ، ولكن هذا التقدير الشخصى يخضع لرقابة
القاضى ، فيترك مثلا لمصلحة السكك الحديدية أن تعين هى ما يجب عليها
حراسته من مزلقاناتها وطريقة هذه الحراسة ومداه ، أيلزم فيها استعمال
البوابات والحواجز أم يكفى اقامة حراس بجوانبها ؟ وفي هذه الحالة
الأخيرة أتجب الحراسة ليلا ونهارا أم يكتفى بالحراسة نهارا ؟ فإذا
وقع حادث بسبب عدم حراسة أحد المزلقانات ليلا وادعى المصاب أن
الشركة أو المصلحة مقصرة في ذلك ، كان للقاضى أن يبحث في ضوء موقع
هذا المزلقان وجميع الظروف الأخرى ما اذا كان مثل هذا المزلقان تجب
حراسته ليلا أو لا تجب ، وكان لزاما عليه أن يلجأ في تقدير هذا الواجب
وتعيين حدوده الى تصور ما كان ينتظر أن يقوم به شخص يقظ نزيه لو

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة عشرة
مارس ويونيه ١٩٤٩ . وانتظر أيضا ما تقدم في ص ١٧٧ وما بعدها .

وجد في مثل ظروف الشركة أو المصلحة المدعى عليها بالمسئولية (*).

فالأصل إذن أن تقدير واجبات الشخص متروك له تحت رقابة القاضي ، وأن المقصود بهذه الرقابة ضمان حد أدنى يلتزمه الشخص أو يلزم به في تقدير واجباته . أما إذا أخذ الشخص نفسه بقدر من الحيطة يجاوز الحد الأدنى ، فقد التزم بهذا القدر وأصبح واجبا عليه يعمد الاخلال به خطأ يستوجب المسئولية .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض في ١٠ نوفمبر ١٩٤٧ بأنه إذا صح أن مصلحة السكك الحديدية — في الأصل — غير مكلفة بأن تقيم حراسا على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، الا أنها إذا أقامت حراسا بالفعل عهدت اليهم ائقافها كلما كان هناك خطر على المارة من اجتيازها وفتحتها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهودا للناس ، فقد حق لهم أن يعولوا على ما أوجبتة على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا ايذانا بالمرور وبعدم وجود الخطر ، فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحا حيث كان ينبغي أن يقفله وجب اعتباره متخليا عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا اعمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ ع ، وتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ مدني (المحاماة ٢٨ — ٩٠٥ — ٣١٩ ، مجموعة عاصم للنقض الجنائي ٢ — ٢٠٢ — ١٠١) .

ويلاحظ أن المحكمة لم تأخذ مصلحة السكك الحديدية بما أوجبتة على نفسها — مع افتراض مجاوزته الحد الأدنى الذي يخضع لرقابة القاضي — الا بعد أن أثبتت أن الاحتياط الذي جرت عليه المصلحة أصبح معهودا للناس وحق لهم أن يعولوا عليه ، وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا

(*) راجع سليمان مرقس ، مذكرات في الفعل الضار نبذة ٢٨ وما بعدها . وانتظر ما تقدم في ص بشأن ضبط معيار الخطأ وبالتالي ضبط معيار التقدير الكمي للواجبات القانونية .

ايذانا بالمرور وبعدم وجود الخطر . وقد أصابت المحكمة في ذلك لأننا لو فرضنا أن المصلحة اتخذت قرارا بحراسة مزلقان معين ثم وقع الحادث قبل أن ينفذ قرار الحراسة أو يعلن أمره فإن المصلحة لا تكون مسئولة الا اذا كانت الحراسة واجبة عليها وفقا للحد الأدنى الذى يخضع تقديره لمراقبة القاضى . أما اذا كان هذا الحد الأدنى لا يوجب عليها الحراسة ، فإن الحراسة لا تكون واجبة بمجرد تقريرها ، ولا بد في ذلك من أن يعلن أمرها للناس بحيث يحق لهم أن يعولوا عليها ، وبعبارة أخرى فإن عدم مراعاة الحد الأدنى من الواجبات يعتبر بذاته اخلافاً بالثقة المشروعة ، لأن من حق كل شخص أن يعتمد على قيام الآخرين بالحد الأدنى من واجباتهم . أما ما يجاوز هذا الحد من واجبات فلا يعد واجبات قانونية ، ولا يعتبر الاخلاص به خطأ يستوجب المسؤولية الا اذا أخذ الشخص نفسه به وأصبح ذلك معهودا للناس وحق لهم أن يعولوا عليه .

عدم المسؤولية في طلب تأجيل الدعوى مرات متعددة (*) :

توفى شخص ولم يترك ورثة ، فألت تركته الى وزارة المالية (بيت المال) ثم رفع أحد دائئى المتوفى دعوى على الوزارة يطالبها بسداد دينه ، فأعلنت الوزارة الشك في صحة السند ووجود الدين ، وطلبت نذب خبير لفحص الامضاء ، وتأجلت قضية الدين ثمانى مرات ، ثم حكم للدائن . وقبل أن يعلن حكمه ، رغعت على الوزارة دعوى بديون أخرى فتترتب على تأخير الفصل في قضية الدائن الأول مزاحمة الدائئين الآخرين له في قيمة التركة ، فطالب الدائن الأول الوزارة بتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب تأجيلها الدعوى مرات متعددة .

حكمت محكمة مصر الأهلية في ١٥ فبراير ١٩٣٦ بعدم مسئولية الوزارة عن ذلك ، بعد أن استعرضت أركان المسئولية واعتبرتها كما يلي : (١) فعل غير مشروع يحوى خطأ ، (٢) أن يكون هذا الخطأ صادرا عن ارادة كاملة وحررة ، (٣) أن ينشأ عن هذا الخطأ ضرر ، وبعد أن بحثت نظرية اساءة استعمال الحق ، الى أن قالت انه لا نزاع في أن للخصوم الحق في طلب تأجيل قضاياهم ، ويجيبهم القاضى الى ذلك اذا لم يكن هناك مانع ، وقد قرر المشرع بعض قواعد يسترشد بها القضاة في مسائل التأجيل ، فمادام أمر التأجيل بيد القاضى ، فلا يمكن التسليم بأن فعل التأجيل صدر بارادة حرة من الوزارة مادام للسلطة الشرعية المختصة حق مراقبة مثل هذا الطلب (المحاماة ١٦ — ٧٦٦ — ٣٥٠) .

والذى نلاحظه على هذا الحكم جعله سلطة المحكمة على تسيير الدعاوى مانعة من اساءة الخصوم لاستعمال حقهم في المرافعة ، ومن وقوع الخطأ منهم في استعمال ذلك الحق مادام الأمر في النهاية غير متروك لارادتهم الحرة . مع أنه من المسلم به أنه اذا باشر أحد الخصوم حقه في المرافعة ، لا لغرض سوى الاضرار بغيره ، عد متجاوزا لحقه ، ومرتكبا خطأ يقتضى مسئوليته ، مهما بالغ في اخفاء نيته تحت ستار الاجراءات القانونية (راجع تعليقاتنا في هذه مجلة القانون والاقتصاد ٧ — ١ — ٣٥١) . وكانت المحكمة في غنى في هذه القضية عن البحث وراء الارادة الكاملة الحرة (ونحن نعتبر ذلك من أركان المسئولية) للوصول الى الحكم بعدم مسئولية الوزارة عن التأجيل الحاصل بناء على طلبها ، مادام قد ثبت لديها أنه كان لوزارة المالية مصلحة ظاهرة في طلب التأجيل . فقد لاحظت المحكمة في شأن ذلك أن مركز وزارة المالية في دعوى الدين هو مركز صاحب حق في تركة آلت اليها بعد وفاة مورث لا تدرى من أمره شيئا ، إلا بعد تحريات ادارية ، تستدعى بلا شك وقتا غير عادى لجمع معلومات ، وبصفتها مسئولة عن أموال التركة ، اذ لا تركة الا بعد وفاة الدين ، كان من الواجب عليها أن تتأكد من صحة سند الدين وصدوره عن المورث ،

فاذا ما أظهرت رغبتهما في تأجيل الدعوى وأجابتهما المحكمة بتأجيلات قصيرة بعضها أسبوع واحد لتتحرى وتتثبت من هذا الأمر الذى له تأثير فى استحقاقها المتركة ، فلا يمكن أن يفسر استعمال هذا الحق ، وهو حق مشروع ، بأن فيه افراطا أو خطأ أو اهمالا .

العدول عن الخطبة وما يترتب عليه من مسئولية (*) —

أصدرت محكمة النقض والأبرام فى شأن مسئولية من يعدل عن الخطبة حكما بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ — ٧٦٠ — ٢٩٣ المجموعة ٤١ — ٢٦٣ — ١٠١ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٤٣ — ١٣ ، مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٨/٤/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ — ٣٥٩ — ٥٥) ، قررت فيه حق كل من الخاطبين فى العدول عن الخطبة ، كما قررت أنه اذا لازمت العدول أفعال مستقلة عنه تعتبر أفعالا ضارة فان هذه الأفعال تستوجب مسئولية غاعلا .

وقد يظهر هذا الحكم بادىء الأمر طبيعيا الى حد أنه قد لا يلفت النظر اليه فى شيء . ولكن بالتأمل يرى أن المسألة التى فصل فيها مسألة دقيقة ، كثيرة الوقوع فى العمل ، وقد تعددت بشأنها المذاهب والآراء . وبيان المسألة أن الخطبة وعد متبادل بين شخصين بقصد عقد زواجهما فى المستقبل ، وهى من مقدمات الزواج ، يلجأ اليها المتواعدان عادة ليستتدأ اليها كل منهما فى التعرف بالآخر ، أو فى أنصراف كل منهما الى اعداد معدات الزواج . وكثيرا ما يعدل أحد الخاطبين عن الخطبة ، فيخيب بذلك أمل الخاطب الآخر ، وقد يلحق به ضرر أديبا أو ماديا . أفلا يلزم فى هذه الحالة بتعويض الخاطب الآخر عن هذا الضرر ؟

إن صعوبة المسألة ناشئة من أن مبدأ المسئولية يصطدم فى هذا الموضوع بمبدأ آخر لا يقل عنه حرمة ، وهو مبدأ حرية الزواج . واذا

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مارس وأبريل ومايو ١٩٤٣ ص ٢٤٩ وما بعدها ، ويراجع فى ذلك فروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية من ١٩٥٣ و من ١٩٥٤ نبذة ص ٩١ وما بعدها .

كان مبدأ المسؤولية يهم المجتمع من حيث أنه يحقق العدالة فيه ، فإن مبدأ حرية الزواج يهمه من حيث أنه يحفظ كيان الأسرة وهي أس المجتمع .
غذلك ولأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناة دهر وتجلب شقاء سنين ، عنى المشرعون والفقهاء بأن يكفلوا للطرفين في عقود الزواج كامل الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه ، حتى لو سبقت العقد خطبة أو وعد بالزواج ، إذ أنه من المسلم به في جميع الشرائع أن الخطبة لا تلزم أحد الطرفين باتمام الزواج .

ولكن اذا كان من أخلف الوعد لا يمكن إجباره على اتمام الزواج .
أفلا يمكن على الأقل الزامه بتعويض ما ألحقه بالطرف الآخر من ضرر على اعتبار أن امتناعه عن الوفاء العيني ، مع تعذر اكراهه عليه ، يجعل الالتزام يستحيل الى تعويض ؟

لقد ذهبت الشرائع في ذلك مذهبين متعارضين ، فالمشرع الفرنسى : حرصا منه على مبدأ حرية الزواج ، لم يعترف للخطبة بصفة العقد الملزم . وبناء على ذلك قررت المحاكم الفرنسية أن لكل من الخاطبين حرية العدول دون مسؤولية الا حيث يقترن العدول بعمل ضار يستوجب المسؤولية (بلانيول ج ١ بند ٧٨٨ ، أنظر عكس ذلك بونكاس في ملحق بودرى ج ٤ ص ٧٧١ وبيرسون ودى غيليه بالنسبة للقانون البلجيكي ج ٢ ص ٥٨٥) ، وهو رأى مرجوح .

أما القانون الايطالى وبعض الشرائع الحديثة كالقانون الألماني والقانون السويسرى وما نحا نحوهما كالقانون الصينى والقانون التركى ، فقد رأت أنه ينبغي اعمال ارادة الخاطبين في الوعد بالزواج ، وحاولت أن توافق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسؤولية التعاقدية ، بأن اعتبرت الخطبة عقدا ملزما ، ولكن لا يترتب عليه اجبار أى من الطرفين على اتمام الزواج ، وانما ينبنى عليه فقط الزام الممتنع عن اتمام الزواج بتعويض الطرف الآخر ما لم يثبت أن امتناعه له مسوغ شرعى ، وليس ذلك الا تطبيقا عاديا للقواعد العامة في المسؤولية التعاقدية (أنظر في ذلك رسالة

قيمة لزميلنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد في مدى استعمال حقوق الزوجية ص ٥٣) •

ونظرا لخلو القانون المصرى من نص في هذه المسألة ، فقد تعددت بشأنها الآراء ، بالرغم من انعقاد الاجماع على أن الخطبة تعتبر من مقدمات الزواج ، وعلى خضوعها مثله لقانون الأحوال الشخصية •

الراى الاول :

فهناك رأى يقول ان الخطبة فى الشريعة الاسلامية عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات وان العدول عنها حق مقيد استعماله بحكمة خاصة • فإذا عدل أحد الخاطبين ، وكان عدوله مطابقا للحكمة التى من أجلها تقرر حق العدول ، فلا مسئولية عليه فى ذلك ، والا فإنه يكون مسئولا مسئولية تعاقدية باعتباره قد أساء استعمال حق له مستمد من العقد • والقائل بهذا الراى زميلنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد (فى ص ٨٢ و ص ١١٧ من رسالته) ، وقد استشهد عليه بحكمين صادرين من محكمة الاسكندرية الأهلية أحدهما بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٢٩ (المحاماة ١٠ — ٣٥٠ — ١٧٤) والثانى بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٩٣٠ (المجموعة ٣٢ — ٧٣ — ٣٠) وفى هذا المعنى أيضا الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١٩٤٨/١١/٢٩ المحاماة ٢٨ — ١٠٥٧ — ٤٣٥ •

ويلاحظ على هذا الراى أولا انه يصطدم فى أساسه المستمد من الشريعة الاسلامية مع نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا التى لا تعتبر الخطبة عقدا ملزما ، بل تعترف للخطاب بجواز العدول عن خطبها ، وللمخطوبة برد الخطاب الموعد بترويجها منه ، ولو بعد قبولها هدية الخطاب ودفعه المهر كله أو بعضه • ولم يكن هذا النص ليغيب عن صاحب الراى ، لذلك رأيناه يجهد نفسه كثيرا ليثبت أن الخطبة فى الشريعة الاسلامية — خلافا لما قرره قدرى باشا فى مجموعته — عقد منشئ لارتباطات (راجع رسالته من ص ٩٠ الى ص ١٠٢) ،

حتى يرتب على ذلك أن العدول عنها حق معين لا إباحة عامة ، فتكون لهذا الحق حدود ، ويجوز أن تقع في استعماله اساءة • غير أنه بالرغم من هذا المجهود الجبار لم يستطع الأستاذ السعيد مصطفى أن يقول لنا ما هي الارتباطات التي ينشئها عقد الخطبة في ذمة كل من الخاطبين ، ولم يبلغ حدا يجعل الرأي الذي استنبطه من الشريعة الإسلامية راجحا على ذلك الذي قرره قدرى باشا في مجموعته ، مما حمل أستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك ، بعد أن فحص رسالة المؤلف وأعجب بها أيما إعجاب ، على أن يسجل رأيه في هذا الموضوع في مقدمة تلك الرسالة وأن يقول عن صاحبها « انه حاول أن يصبغ الخطبة بصبغة العقد ، ولكن لم تسعده على ذلك النقول الفقهية كما يظهر ذلك لمن أنعم نظره في كل ما قاله • والذي أراه أنا في هذا الموضوع بايجاز هو أن الخطبة ارتباط أدبي حاطه الشارع الإسلامي بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا • والمسألة كلها مراعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير » (أنظر صفحة ز من المقدمة) •

ويلاحظ ثانيا أن السعيد بك كان يرمى من وراء هذا المجهود الذي بذله الى امكان القول بتطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية على الخاطب الذي عدل ، لا باعتبار أن مجرد العدول خطأ تعاقدى ، وانما باعتبار العدول في بعض الحالات اساءة لاستعمال حق الفسخ ، وهو يرى أن هذه الاساءة خطأ واقع في دائرة العقد ، فتطبق عليها قواعد المسؤولية التعاقدية (ص ٨٣) • في حين أن الثابت في الفقه والقضاء أن المسؤولية التي تترتب على اساءة استعمال الحق مسؤولية تقصيرية حتى لو كان الحق الذي أسء استعماله ناشئا من عقد (أنظر مازو نبذة ٥٥٩ وحكمى الاسكندرية الأهلية بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٢٩ و ١٤ نوفمبر ١٩٣٠ السابق الإشارة اليهما) • فمادام الأمر مصيره الى قواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا فائدة من محاولة اثبات أن الخطبة عقد يكون لكل من عاقيه حق العدول عنه •

الراى الثانى :

والواقع أن المحاكم والشراح تكاد تجمع على عدم امكان مسالة الخاطب مسئولة تعاقدية لمجرد عدوله عن الخطبة • والكثره الغالبة تذهب الى أن الخطبة ليست عقدا ملزما على الاطلاق ، ومن هذه الكثرة فريق يسرف فى تقديس مبدأ حرية الزواج فيضحي من أجله بمبدأ المسئولية ويقرر أن لكل من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة دون مسئولية عليه فى ذلك مهما كانت الظروف والأحوال ، وذلك صونا لحرية العاقدين عند ابرام الزواج عن أن يؤثر فيها شبح المسئولية (استئناف مصر ٥ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ ، ٢٣ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ — ٧٩٨ — ٤٨٨ المجموعة ٢٧ — ٦٨ — ٤٥ ، ٣٠ يونيه ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٦٢٦ — ٣١٣ ، ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٨٥٥ — ٤٢٣) •

الراى الثالث :

أما الفريق الآخر فيرى أن مبدأ حرية الزواج يقتضى حقيقة أن لا تكون الخطبة عقدا ملزما وأن يجوز لأى من الخاطبين أن لا يقيّد بها . ويرى فى الوقت ذاته أنه اذا سلك أحد الخاطبين مسلكا يعتبر خطأ فى حق الطرف الآخر ونشأ من ذلك ضرر فإن مبدأ حرية الزواج لا يمكن أن يعطل فى هذه الحالة تطبيق مبدأ المسئولية (استئناف أهلى ٢٩ مايو ١٩٠٦ المجموعة ٨ — ٧٧ — ٣٨ ، ٢٩ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٧٩٥ — ٤٨٧ المجموعة ٢٧ — ١٦١ — ١٠٣ ، الفيوم الجزئية ٣٠ نوفمبر ١٩٢٩ المحاماة ١١ — ١٨١ — ١١٠ ، عابدين الجزئية ٢٨ مارس ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٢١ ، الزقازيق الابتدائية (حكم استئنافى) ٣ نوفمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٧٥ ، استئناف مفتط ٧ مايو ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢١١ ، ٢٣ فبراير ١٩٣٢ ب ٤٤ ص ١٩٦ ، ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ ب ٤٨ ص ٣٢ ، ٦ فبراير ١٩٣٦ ب ٤٨ ص ١١٢) •

وقد أيد الأستاذ السهورى بك (فى نظرية العقد ص ٤٩٨ نبذة

(٤٨٠) والأستاذ مصطفى مرعى بك (فى المسئولية المدنية ص ١١٥ نبذة ١٢١) هذا رأى : وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية فى حكمها الذى أشرنا اليه . وعندي أن المحكمة أصابت فى اعتماد هذا رأى ، لأنه حل وسط يوفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسئولية عن الأضرار . وهو فوق ذلك لا يلقي المسئولية حتما على عاتق الخاطب الذى عدل لمجرد عدوله ، بل على عاتق الخاطب الذى سلك مسلكا خاطئا أضر بالطرف الآخر ولو لم يكن هو الذى عدل . وإذا كان المخطيء غير طرفى الخطبة كوالد أحد الخاطبين مثلا ، فتقع المسئولية عليه هو دون الخاطبين (استئناف مغلط ٧ مايو ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢١١) . ولا يمكن أن يعترض على هذا رأى بأنه يجعل شبح المسئولية يهدد دائما حرية الخاطبين فى اتسام الزواج ، لأنه ليس على الخاطب الذى يريد العدول دون مسئولية الآن يسلك فى ذلك مسلكا بعميدا عن الخطأ . أما اذا أخطأ ، فلا يجوز له أن يفلت من المسئولية تذرعا بمبدأ حرية الزواج .

الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق (*) — قررت محكمة النقض بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٤٠ أن تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وانما ينتفى الائترام بالتعريض اذا كانت الزوجة هى التى دفعت الزوج بفعلها الى تطليقها (المحاماة ٢٠ — ١١٤٦ — ٨٣ المجموعة ٤١ — ٤٣٤ — ١٧١ ، مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ، وأنظر أيضا نقض ٢٢ فبراير ١٩٣٩ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٩٤ — ٣٤) . وقد أثار هذا الحكم فى أسبابه وشيما استعرضه من أسباب الحكم الابتدائي وحكم الاستئناف المطعون فيه بالنقض عدة مسائل تستحق التنويه بها ، وهى ترجع جميعا الى حق الطلاق وهل هو حق مطلق أو مقيد ، وما يتفرع على ذلك من المسئولية عن استعمال هذا الحق ، ومن جواز الاتفاق على التنازل عنه ، والاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق ، وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا أو التزاما شرطيا ،

(*) منشور فى القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مارس وابريل ومليو سنة ١٩٤٣ ص ٣٥٤ وما بعدها .

وما يترتب على هذا التكيف القانوني أو ذاك • وقد رأينا أن نعرض في
إيجاز لهذه المسائل المختلفة على التوالي •

أ — هل حق الطلاق مطلق أو مقيد ، وهل يمكن أن تترتب على
استعماله مسئولية ما ؟ — كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أجابت
عن هذا السؤال بأن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف
شاء ، فليس لمن تتزوج به وهي عالة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بعد
وقوعه (استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٨٦ ، الغازيت
١٣ — ٥٥ — ٩٩) ، وكذلك فعلت محكمة استئناف مصر حيث قررت
بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٢٨ أن « حق الطلاق مفعول في الشريعة للزوج ولا
يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر
صداقها ونفقة عدتها ٠٠٠ » (المحاماة ٨ — ٤٩٧ — ٣٢٥) (*) •

وقد انتقد الدكتور السعيد مصطفى هذين الحكمين وأثبت أن إيقاع
الطلاق — عند فقهاء الشريعة الإسلامية — ليس حقا مطلقا وإنما هو
مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ، وألا يكون بحيث ينشأ عنه
ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية (السعيد مصطفى ص ٢٥١
وأنظر في هذا المعنى أيضا كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد
إبراهيم بك طبعة سنة ١٩٣٠ ص ٧٦ ، وكتاب الأستاذ الشيخ عبد
الوهاب خلاف بك طبعة سنة ١٩٣٨ ص ١٤٦) •

وكانت المحاكم الابتدائية ترى كذلك — على عكس رأى محكمة
الاستئناف — أن الطلاق لا يباح الا لحاجة ، وأن استعماله مقيد بتحقيق
تلك الحاجة إليه ، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب كان ذلك إساءة منه
لاستعمال حقه لمسئوليته (مصر ٢٠ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ —
١٠٧ — ٦٥ المحاماة ٦ — ٣٣٣ — ٢٥٥ : شبن الكوم ١٠ ديسمبر ١٩٣٠

(*) وفي هذا المعنى أيضا استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣١ في القضية
رقم ٤٠٨ مشار إليه في مباحث كتاب الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك
في الأحوال الشخصية ص ١٤٧ •

المحكمة ١١ - ٥٤٠ - ٢٧٧ ، مصر ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ - ١١٣٣ (٥٦٤) . وفى سنة ١٩٣٦ أصدرت محكمة استئناف مصر حكماً آخر يدل ظاهره على أنها تعتبر إيقاع الطلاق حقاً مقيداً ، ولكنها خفت من هذا القيد إلى حد يجعله فى حكم العدم . ذلك أنها بنت حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعى إذا لم يقصد باستعماله سوى الأضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وإن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون فى استعمال حقه فى التطلق منفعة له ، فلا يسأل عن ذلك (استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٧ - ١١٩ - ٥٨) ، وقد انتقدنا نحن هذا الحكم فى حينه ، وبيننا أنه لا يكفى أن يكون الزوج قد قصد من إيقاع الطلاق إلى مجرد الرغبة فى الخلاص من رابطة الزوجية ، حتى يعتبر ذلك منفعة له تبرر استعماله حق الطلاق ، وترفع عنه مسئولية الأضرار التى تريد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما إذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر فى استعمال حقه فى التطلق (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ص ٣٥٢) .

وقد أيدت محكمة النقض ضمناً مبدأ تقييد حق الطلاق وإمكان وقوع الإساءة فى استعماله بإقرارها أسباب الحكم الابتدائى الصادر فى الدعوى التى أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق حيث قد ورد فى أسباب هذا الحكم « أن حق الطلاق وإن كان مقرراً للزوج المسلم شرعاً إلا أنه حق مكروه ويكفى فى بيان كراهيته ما جاء فى الحديث الشريف عن النبى صلى الله عليه وسلم إذا قال (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) ، وأنه بنص الفقهاء يرى أن الأصل فى الطلاق المنع ، ولا يباح إلا لحاجة كبرى وريية ، فهو مشروع من جهة ، ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث أن فيه إزالة الزواج عندما تكون هناك داعية إليه ، وحظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية ٥٠٠ » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٧) . ولم تكف محكمة النقض بذلك ، بل ردت على رأى العكسى - الذى يقول أن الشريعة

الاسلامية جعلت ايقاع الطلاق حقا مطلقا ، للزوج أن يستعمله دون أن يؤدي عن ذلك حسابا أو يتعرض لأية مسئولية ، رغبة منها في ستر أسباب الطلاق ، ومنعا لكشف عيوب الأسر - بأن « ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أبا لت فيما أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها ، كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للزوجة أن تطلب الفرقة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما (المادة السادسة) : « وبدمي أن بحث ذلك دفعا ودفاعا قد يكشف الستر عما يقول الطاعن أن الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجية » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٩) .

يخلص من كل ذلك أن محكمة النقض ترى هي أيضا أن حق ايقاع الطلاق حق مقيد ، لا يستعمل الا لمسوخ ، وان للمحاكم مناقشة أسباب الطلاق وتقدير المسوغات والحكم بالتعويضات حيث يكون الطلاق قد أوقع بغير مسوخ .

ب - الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق . تكييفه القانوني وحكمه - متى ثبت أن ايقاع الطلاق حق مقيد ، يمكن وقوع الاساءة في استعماله ، وتترتب على هذه الاساءة مسئولية المطلق ، أمكن أن نتصور حصول الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق ، وقد تصدت المحكمة الابتدائية لبحث هذا الاتفاق وقالت في شأنه : « انه من المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه ولو كان هذا العمل مشروعا كالطلاق أو الزواج بامرأة ثانية ، فإذا تعهد الزوج المسلم لزوجته ألا يتخذ غيرها زوجا مدة قيام الزوجية ، فهذا التعهد وان كان لا يمنعه من الزواج بأخرى الا أنه اذا التزم أن يدفع تعويضا ماليا لزوجته الأولى في هذه الحالة ، فالترامه صحيح ولا يعترض عليه بأن الالتزام هنا شرط جزائي تابع لالتزام أصلي باطل ، فإن الالتزام بدفع التعويض في هذه الحالة يعتبر التراما أصليا معلقا على شرط واقف هو الزواج بأخرى ، ومثل ذلك الترام الزوج بدفع تعويض لزوجته اذا

طلقتها ، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقتترن بشرط جزائي بل على أنه التزام أصلي معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٨) •

ويمكننا أن نستخلص من هذه الحيثية ثلاثة مبادئ :

١ - أن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا •

٢ - أن الشرط الجزائي الذي يتبع هذا التعهد يكون باطلا أيضا بالتبعية •

٣ - أن الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق يمكن اعتباره صحيحا على أساس أنه التزام معلق على شرط واقف هو حصول الطلاق •

أما عن المبدأ الأول ، فلا جدال في أن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا ، لأن إيقاع الطلاق حق متعلق بالنظام العام ، إذ قد روعيت في تقريره المصلحة العامة أكثر من المصلحة الفردية • وبناء على ذلك لا يمنع وجود مثل هذا التعهد من وقوع الطلاق إذا أوقعه الزوج ، ولا تترتب على الزوج في هذه الحالة مسئولية تعاقدية بأي حال • ولكن هذا لا يمنع أن الزوج إذا طلق بغير مسوغ ، يعتبر مسيئا لاستعمال حقه ، ويسأل عن ذلك مسئولية تقصيرية •

وعن المبدأ الثاني ، فإذا كان المقصود بالشرط الجزائي الاتفاق الذي يعين مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين جزاء إخلاله بالتزام تعاقدى هو الالتزام الأصلي ، فلا شك أيضا في بطلان الشرط الجزائي إذا كان ذلك الالتزام الأصلي باطلا ، ومادامنا قد سلمنا بأن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا ، فيترتب على ذلك أن يكون الشرط الجزائي التابع لهذا التعهد باطلا أيضا ، ولا يمكن إلزام الزوج به باعتباره جزاء للإخلال بالتزام تعاقدى •

أما عن المبدأ الثالث ، فقد لجأت اليه المحكمة الابتدائية لما رأت أن العدالة تقتضى من الناحية العملية في بعض الأحوال أعمال مثل هذا الاتفاق لالزام الزوج بدفع التعويض المتفق عليه الى الزوجة ، فكيف هذا الاتفاق بأنه التزام شرطى لا شرط جزائى (وقد استندت في ذلك الى موجز السنهورى بك في الالتزامات من ٤٤٦ نبذة ٤٤٩) • ويقول الأستاذ السنهورى بك في ذلك أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطى أو بأنه شرط جزائى ينظر فيه الى نية المتعاقدين • ونحن نرى ذلك معه أيضا ونضيف اليه أن هذا التكييف يعتبر مسألة قانونية يخضع الفصل فيها لرقابة محكمة النقض • ويجدر بنا لبيان أهمية هذا التكييف القانونى أن نقارن بين الالتزام الشرطى والشرط الجزائى ، ونلخص المقارنة فيما يأتى :

١ — ان قصد الطرفين من الالتزام الشرطى انما هو انشاء التزام ما كان ليوحد لولا الاتفاق عليه ، وقد علق الطرفان وجود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقيق هذا الأمر المستقبل أو عدم تحققه ، اذ لو علما ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتيبا باتا • أما الشرط الجزائى فهو تقدير اتفاقى للتعويض الذى يلتزم به أحد الطرفين عند ارتكابه خطأ يضر بالطرف الآخر • فهو اتفاق لا ينشئ الالتزام بالتعويض ، وانما يفرض قيام هذا الالتزام بسبب فعل ضار أو اخلال بتعهد سابق ، ثم يقدر قيمة التعويض بدلا من ترك التقدير الى القاضى •

٢ — يترتب على ذلك أن الالتزام الشرطى يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط (وهو وقوع الطلاق في هذه الحالة) ، بصرف النظر عن وقوع خطأ من الدين أو اصابة الدائن بضرر ، ويعتبر مستحقا من وقت الاتفاق ، لا من وقت تحقق الشرط ، بناء على المادة ١٠٥ مدنى التى تجعل للشرط أثرا رجعيا • أما الشرط الجزائى فلا بد في تطبيقه من توافر عناصر المسؤولية وأهمها الخطأ في جانب الدين والضرر في جانب الدائن ، ولا يكون لتطبيقه أثر رجعى •

٣ - فإذا اعتبرنا الاتفاق على دفع مبلغ في حالة الطلاق التزاما شرطيا فلا يطلب من المطلقة الا اثبات الاتفاق وتحقق الشرط وهو مجرد وقوع الطلاق ، أما اذا اعتبرناه شرطا جزائيا كان عليها أن تثبت خطأ الزوج في ايقاع الطلاق واصابتها بضرر من جراء ذلك . والفرق بين عبء الاثبات في كل من الحالتين جسيم .

٤ - ان من قواعد الالتزام الشرطى أنه اذا تحقق الشرط بفعل الدائن فان تحققه يكون في حكم التخلف ولا يترتب عليه وجود الالتزام (السنهاورى بك في الموجز ص ٨٢ نبذة ٤٧٤) . وفي هذه الحالة يكفي من الزوجة أن تثبت مجرد وقوع الطلاق ، ويكون على الزوج أن يثبت أنه اضطر الى ايقاع الطلاق بفعلها . أما قواعد الشرط الجزائى فتجعل على الزوجة اثبات خطأ الزوج في استعمال حق الطلاق ، وهذا يقتضى منها أن تنفى وقوع أى خطأ منها يمكن أن يكون قد دفع الزوج الى تطليقها .

وبالرغم من هذه الفروق الجوهرية بين الالتزام الشرطى والشرط الجزائى ، ومع أن المحكمة الابتدائية قد فصلت في ذلك صراحة بأن وصفت الاتفاق بأنه التزام شرطى لا شرط جزائى ، فان محكمة الاستئناف ومحكمة النقض لم تعرضا في شيء لهذه النقطة القانونية ، وانما انصرف ههما الى اعمال هذا الاتفاق باعتباره غير مخالف للشرعية الفراء ولا للنظام العام . بل اننا نلمح في عبارتهما أثرا كبيرا للتردد القائم في ذهنهما . وبيان ذلك أن محكمة الاستئناف بدأت بقولها :

« وحيث ان الاستئناف بنى على سببين : الأول أن الاقرار موضوع النزاع جاء خاليا من ذكر سبب الدين ، والثانى أن سبب الدين غير مشروع لأنه تعويض للمستأنف ضدها يستحق لها في حالة طلاقها . وحيث ان محكمة أول درجة تناولت في حكمها الرد على هذين السببين بنافية التفصيل سواء من الوجهة الشرعية أو من الوجهة القانونية . وهذه المحكمة تقرها على ما أبدته في أسبابها وتوافقها على ما رأته من أن

التمتع من قبل الزوج بدفع تعويض لزوجته عن الطلاق لا يخالف الشريعة
الخراء ولا النظام العام » .

وهو قول صريح في أن محكمة الاستئناف تقر المحكمة الابتدائية
على تكليف الاتفاق على التعويض عن الطلاق بأنه التزام شرطي لا شرط
جزائي . ولكنه يتعارض مع ما ذكرته محكمة الاستئناف في حيشة تالية
قالت فيها :

« وحيث انه بعد الأخذ بمبدأ أن مثل هذا التمتع جائز قانونا فان
المستأنف ضدها لا تستحق التعويض بمجرد وقوع الطلاق بل يجب أن
لا يكون وقوعه مترتبا على عمل حصل من جانبها كسوء السلوك مثلا أو
غيره ، ويشترط أن يكون قد نالها ضرر من وقوعه ، وهذه مسائل
موضوعية تقدرها المحكمة في كل دعوى حسب ظروفها وملاساتها »
(المحاماة ٢٠ ص ١١٤٨) .

ووجه التعارض بين هاتين الميثيتين أن الالتزام الشرطي كما بينا
يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط (وهو في هذه الحالة مجرد وقوع
الطلاق) ، بصرف النظر عن اصابة الدائن بضرر ما . أما اشتراط وقوع
الضرر فهو من قواعد الشرط الجزائي لا الالتزام الشرطي . فالجمع بين
اقرار المحكمة الابتدائية على التكليف الذي ذهبت اليه وبين اشتراط
وقوع الضرر لا مكان تطبيق الاتفاق على التعويض هو جمع بين النظريتين
المتعارضتين اللتين وازنت بينهما المحكمة الابتدائية ورجحت احدهما
على الثانية .

وقد مرت محكمة النقض على هذا التردد وهذا التعارض دون أن
تعرض اليهما في شيء ، مكتفية بأن تقرر أن الاتفاق على تعويض الزوجة
عند طلاقها اتفاق مشروع واجب الاحترام ، ولكن يؤخذ من بعض
عباراتنا أنها نظرت الى هذا الاتفاق نظرة تغاير نظرة المحكمة الابتدائية
اليه ، وهي أقرب الى اعتباره شرطا جزائيا منها الى اعتباره التزاما

شرطيا ، اذ قالت في ذلك : « وبما أن مناط ما تركز فيه البحث في الحكم الابتدائي والحكم الاستثنائي وفي وجوه الطعن هو ما اذا كان اتفاق الزوج على تضمين زوجته اذا ما طلقها يمس النظام العام من ناحية أن هذا الاتفاق يقيد بطبيعته حريةته الكاملة التي منحت اياها الشريعة الاسلامية في تطليق زوجته اذا ما قامت عنده أسباب خاصة تدعوه الى ذلك بأن يضطره اما الى كشف هذه الأسباب وتقويت حكمه الشريعة الاسلامية والنظام العام في سترها ، واما الى الرضاء بتأدية التعويض كرها — أتاوة لعمله في ستر ما رغب الشارع في سنره — وبهذا يحرم بطريق غير مباشر من حريةته في التطليق ... وبما أن ما قال به الطاعن من مخالفة النظام العام اذا ما اضطر الزوج بدعوى التضمن الى بيان سبب الطلاق وكشف مستوره انما جاء تفريعا عن نظرية الطاعن غير المسلم بها من أن الشريعة حظرت اذاعة سبب الطلاق . ومتى أهملت هذه النظرية تمين طرح ما تفرع عنها ، وامتنع القول بأن الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها هو اتفاق غير مشروع لمساسه بأحكام الشريعة الاسلامية وبالنظام العام ، وأصبح لزاما احترام مثل هذا الاتفاق . وهنا ينتقل النظر الى نقطة أخرى وهي انه مع التسليم بمشروعية الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها ، فإنه لا مراء في أن للزوج الذي في عنقه هذا الالتزام أن يتحلل منه اذا كانت الزوجة هي التي دفعت بفعلها الى الطلاق الذي تطلب تضمينها عنه » .

وقد تحمل هذه العبارة الأخيرة التي تجعل للزوج الذي في عنقه هذا الالتزام أن يتحلل منه اذا كانت الزوجة هي التي دفعت بفعلها الى الطلاق ، على أن المحكمة ترى في هذا الاتفاق التراما شرطيا ، ولكن ينفي ذلك ما رددته المحكمة في هذه الحثية ذاتها من عبارات « التعويض » و « التضمن » . واذا كانت المحكمة قد كلفت الزوج أن يثبت أنه اضطر الى ايقاع الطلاق بسبب فعل الزوجة ، فما ذلك الا قلبا لعبء الاثبات في المسؤولية المدنية والشرط الجزائي نتيجة للأخذ بالقرائن القضائية .

وبناء على ذلك نرى أن عبارات محكمة النقض ترجح اعتبار الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها شرطا جزائيا ، لا التزاما شرطيا ، يؤيد ذلك نية المتعاقدين لأنهما لم يقصدا انشاء التزام قائم بذاته دون نظر الى حصول ضرر للزوجة ، بدليل استعمالهما لفظ التعويض ، ولم يقصدا أن تستحق الزوجة المبلغ المقدر من وقت حصول الاتفاق عليه ، بل من وقت وقوع الضرر الناشئ عن الطلاق .

ونرى انه كان يجدر بمحكمة النقض أن تعرض لهذه المسألة عرضا مباشرا ، وأن تعدل التكييف الذي ذهبت اليه المحكمة الابتدائية والذي أقرتها عليه محكمة الاستئناف بحكمها المطعون فيه ، وأن تقرر في صراحة أن مثل هذا الاتفاق يعتبر حسب نية الطرفين شرطا جزائيا لا التزاما شرطيا .

ولعل محكمة النقض قد تحاشت ذلك تجنباً منها لخرج ظنت أنها تقع فيه لو أنها كيفت هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي ، لأن نظرية المحكمة الابتدائية هي أن هذا الشرط الجزائي يكون باطلا لترتبه على التزام أصلي باطل .

وعندى أن هذا الحرج لا محل له ، وانه ناشئ عن اعتقاد خاطئ بأن الشرط الجزائي لا يكون الا التزاما تابعا للالتزام تعاقدى أصلي ، وأرى أن نظرية المحكمة الابتدائية لا يصح الأخذ بها على إطلاقها ، بل ينبغى فيها أن نفهم الشرط الجزائي على حقيقته ، وهو أنه تقدير اتفاقي للتعويض الناشئ عن المسؤولية ، سواء كانت تلك المسؤولية تعاقدية أو تقصيرية لأن المسؤولية التقصيرية يجوز فيها كما يجوز في المسؤولية التعاقدية الاتفاق مقدما على مقدار التعويض الذي يترتب عليها (أنظر ما زو نبذة ٢٦٤١) ، ومثل ذلك الاتفاق على مقدار التعويض الذي يلتزم به أحد الجيران قبل الآخرين عن الضرر الذي يسببه لهم سواء بملكه أو بالأشخاص أو الحيوانات التي في رعايته . ولا يهنا بعد هذا الفهم أن يكون التعمد بالامتناع عن الطلاق تعهدا باطلا ، مادام من المسلم به أن

إيقاع الطلاق حق مقيد ، يمكن أن يساء استعماله ، وتترتب على هذه الإساءة مسئولية المطلق مسئولية تقصيرية (راجع ما سبق في ص ١٩٠) ، ومصادم ان هذا النوع من المسئولية كالمسئولية التعاقدية ، يمكن أن يكون محل شرط جزائي . فالاتفاق على تعويض الزوجة في حالة طلاقها ، يكون على هذا الأساس اتفاقا صحيحا واجب الاحترام . فإذا ما أوقع الزوج الطلاق ، فاما أن يكون ذلك لمسوغ شرعى من غل الزوجة أو أخلاقها ، فلا تكون ثمت مسئولية على الزوج ولا ينطبق عليه الشرط الجزائي ، باعتبار أن الضرر الذى أصاب الزوجة راجع الى فعلها هي . واما أن يكون ذلك لغير مسوغ شرعى ، فيعتبر إساءة من الزوج في استعمال حق الطلاق ، تترتب عليها مسئولية الزوج مسئولية تقصيرية ، يكون الأصل فيها أن يتولى القاضى تقدير مبلغ التعويض ، ولكن متى كان الطرفان قد اتفقا سلفا على هذا المبلغ ، وجب العمل بما اتفقا عليه .

إساءة استعمال حق الطلاق (❖) — شاع الاعتقاد بأن حق الطلاق مطلق ، للزوج أن يستعمله كما يشاء بغير إبداء الأسباب وبلا مسئولية عليه في ذلك ، حتى لو أضر بمطلقته ضررا بليغا ، وقد حكمت بذلك محكمة استئناف مصر في ٢٢ يناير ١٩٣٦ ، اذ قررت أن الزوج اذا طلق زوجته غداة العقد عليها ، فلا جناح عليه في ذلك ، ولو كانت الزوجة مدرسة وقدمت استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق اليها ، ورغم ما يحوم حولها بسبب هذا الطلاق السريع المفاجىء من شبهات وأقاويل تؤثر في سمعتها الأدبية بل وفي رزقها أيضا وحياتها المادية ، وبنت حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعى اذا لم يقصد باستعماله سوى الاضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وأن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون في استعمال حقه في التخليق منفعة له ، فلا يسأل عن ذلك . وقالت المحكمة في ذلك « انه لا عبرة بما تدعيه المستأنف ضدها من أن المستأنف يقصد بالطلاق التشهير والنكابة بها ،

(❖) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة فبراير ١٩٣٧

لأن علاقته معها قبل العقد عليها كانت علاقة حسنة ، لأنها كانت تعطى دروسا خصوصية لأولاده ، فلا يعقل أن يطلقها في اليوم التالي الا اذا كان هناك سبب عجائى قد حملته على هذا الطلاق ، كما انه لا يمكن أن يقال انه هو الذى حملها على الاستقالة وحرمت بذلك من وظيفتها ، لأنه لم يقيم من جانبها أى دليل على انه أرغمها على الاستقالة ، بل الثابت بالعكس انها هى التى قدمت فى اليوم التالى لزواجها طلب الاستقالة من نفسها » (المحاماة ١٧ — ١١٩ — ٥٨ وانظر فى هذا المعنى أيضا مصر الكلية ٩ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٥ — ٢ — ٢٥٦ — ١٢٧ ، استئناف مفتلط ٢٠ يونيه ١٩٢٢ الفنازيت ١٣ — ٥٥ — ٩٩ ، استئناف مصر ١٨ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٤٩٧ — ٣٢٥ وانظر فى نقد هذين الحكمين الأخيرين السعيد مصطفى السعيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما يتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث ص ٢٥١ وما بعدها (١) •

وانا لو سلمنا بما ذهب اليه هذا الحكم ، عمت الفوضى الخلقية جميع البلاد ، وجاز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لأنفسهم أعراض فتيات الأسر ، فيعقدوا عليهن ثم يطلقوهن فى اليوم التالى لغير سبب سوى الخلاص منهن ، وبدون مسئولية عليهم فى ذلك • وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى ، فالشريعة الاسلامية تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه ، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التى دعت الى تشريعه وهى الخلاص من رابطة الزوجية عند تباین الأخلاق وتمعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضرة ، وتقيدده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية ، فإذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعى للطلاق وجبت عليه

(١) انظر فى هذا المعنى ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ٨ — ٥٨٩ — ٢٩٨ ، وأيضا ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ١١ — ٤ ، نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ ، نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ٤٥٨ — ٧٤ ، وأيضا ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ — ١٩٤٣ — ٢٩٣ •

المتعة لمطلقة — وفقا لرأى المالكية والشافعية — على سبيل التعويض عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (السعيد مصطفى السعيد من ص ٢٣٤ الى ص ٢٤٥) (*) .

وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية ، فجعلت الزوج مسئولا عن اساءة استعمال حقه في الطلاق ، وألزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر أدبي أو مادي (شبن الكوم ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٥٤٠ — ٢٧٧ ، مصر ٢٠ يناير ١٩٣٦ المجموعة ٢٨ — ١٠٧ — ٦٥ المحاماة ٦ — ٣٣٣ — ٢٥٥ ، مصر ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ — ١١٣٣ — ٥٦٤) .

أما ما ذهب اليه حكم الاستئناف الذي رأينا أن نعرض له في هذه التعليقات ، من أن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون في استعمال حقه في التطلق منفعة له ، فلا يكفي لرفع مسؤولية الزوج عن الضرر الذي يزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما إذا كان الزوج لم يراع منتهى الضرر في استعمال حقه في التطلق ، والواقع في هذه القضية أن المطلقة أصابها ضرر مادي بضيايع وظيفتها عليها ، وآخر أدبي بسبب سرعة تطليقها عقب العقد ، وكلاهما لا يدخل فيما يصيب المطلقة عادة من ضرر بسبب الطلاق ، فلا يكفي في تبريرهما كون الزوج قصد منفعة شخصية له ، هي مجرد الخلاص من زوجته قبل انقضاء ٢٤ ساعة من وقت عقده عليها .

ثم ان ايقاع الطلاق بمثل هذه السرعة لا يخلو من رعونة وعسدم تبصر ، وفيه اخلال بما يجب من الحرص على عدم الاضرار بالغير ،

(*) المتعة هي ما يمنعه الرجل لمطلقة بعد الفراق بينها (احمد ابراهيم بك الاحوال الشخصية نبذة ٢٠٣ ، السعيد مصطفى السعيد ص ٢٤٠) ، ويرى الشافعية والمالكية انها تجب للمطلقة تطليبا لنفسها وجبرا لاجلها ، ويستتبط الذكور السيد مصطفى السعيد من ذلك ان وجوبها بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (١ - ٢٤٥) .

ومهما قيل من أسباب تبريره ، فإن تلك الأسباب لا بد أن يكون قيامها سابقا على عقد الزواج ، ويكون الزوج مقصرا في عدم تحريره قبل العقد ، مادام قد أمكنه معرفتها في الفترة اللوجيزة فيما بين العقد والطلاق ، فلا نزاع في أن الزوج في هذه القضية قد خرج بحق الطلاق عن الحكمة التي وضع لأجلها . وفي أنه استعمله في غير حذر ولا حرص ، وفي أنه ألحق بمطلقته ضررا غير عادي ، فوجب عليه تعويضها عن ذلك .

المسئولية عن الاجراءات الكيدية وعن التواطؤ بشأنها (*) :

لا نزاع في أن الالتجاء الى الاجراءات القضائية حق للخصوم ، غير أنه اذا باشر بعضهم هذا الحق ، لا لغرض سوى الاضرار بغيره ، عد متجاوزا لحقه ، ومرتكبا خطأ يقتضى مسئوليته ، ولكنه لا يسأل الا اذا تعين وجه الخطأ في تصرفه وثبت عليه ذلك ثبوتا كافيا . واذا اشترك في الاجراءات الكيدية غير واحد من الخصوم ، أو باشرها أحدهم باتفاقه مع غيره ممن يتحدون معه في مخاصمة غريمه ، فلا مسئولية الا على من يثبت خطؤه أو قام الدليل على تواطئه مع المخطيء .

ولا بد في الحكم بالمسئولية من تعيين الواقعة التي يتكون منها الخطأ ، وبيان الظروف التي تستخلص منها عناصر التواطؤ . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بالمسئولية بالتضامن دون مراعاة لما تقدم ، في قضية شخص قيل أنه أوقع حجزا على مبلغ مودع بخزانة محكمة أسيوط على ذمة بائع من اشترى منه العين التي يدعى الحاجز ملكيتها ، وكان الحاجز قد تلقى ملكية هذه العين عن طريق الشراء من وارثين مع البائع المحجوز عليه ، فقضت المحكمة بمسئولية الحاجز والبائعين اليه بالتضامن ، وقد ألفت محكمة النقض في ٢١ مايو ١٩٣٦ حكم استئناف أسيوط لانه « لم يعن ببيان الوقائع التي استخلص منها عناصر اتحاد المحكوم عليهم وتوافقهم على المعاكسة وتعطيل صرف المبلغ المودع

بخزانة محكمة أسيوط ولم يبين من منهم الذى تسبب بخطئه فى تعطيل صرفه وخصوصا أن الطاعن كان يستظهر على خصومه بأنه لم ينذر المشتري بعدم دفع باقى الثمن لبائمه ولا أنه حجز عليه بذمته ٠٠٠ ٠ (المحاماة ١٧ - ١٨٠ - ٨١) .

وهذا الحكم يؤيد ما سبق أن ذهبت اليه محكمة النقض ، من أن تقدير الخطأ مسألة قانونية خاضعة لرقابتها (نقض مصرى مدنى ١١ يناير ١٩٣٤ القانون والاقتصاد ٤ ملحق ٣ ص ٥٣ المحاماة ١٤ - ١ - ٢١٩ - ١٢٢ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ٨٦٤ - ١٥٧ ، نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ - ٨٤٠ - ١٣٧ ، ٢٩ يونيو ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ - ١٤٥٤ - ١٧٦ و ٢٨ مارس ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٨١٢ - ١٤٤ و ٣٠ ديسمبر ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠ - ٣ - ٣٣٧ - ٤٠١ ، و ٢١ يناير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٥١٦ سنة ٤٨ ق مجموعة أحكام النقض ٣٣ - ١٦٠ - ٣٠ ، و ١١ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١١٦٠ سنة ٤٧ ق ، و ٢١ يونيو ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٩٨ سنة ٣٩ ق ، و ٨ ديسمبر ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٨٧٣ سنة ٤٩ ق وما بعدها (١) ، ويستفاد منه أيضا أن تقدير التواطؤ مسألة قانونية كذلك .

خطا المصاب واثره فى التعويض الذى يطلبه والدته بصفته الشخصية (*) :

من المبادئ المسلم بها فى القانونين الفرنسى والمصرى أنه اذا

(١) راجع ما تقدم فى ص وانظر فى التفرقة بين استخلاص الفعل المكون للخطا من وقائع الدعوى وبين تكيف هذا الفعل بأنه خطأ ودخول الاول فى سلطة قاضى الموضوع والثانى فى رقابة محكمة النقض مؤلفنا فى المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ، القسم الاول (ضمن مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية) سنة ١٩٧١ ص ٤٦٢ وما بعدها ويضاف نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٤٩٧ - ٢٠٨ ، ١٢ يونيو ١٩٧٣ .

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد ص ١٢ عدد مارس وابريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٦ .

اشترك المصاب بخطئه مع المتسبب الأصلي في احداث الضرر ، وجب توزيع المسؤولية بينهما وترتب على ذلك تخفيض التعويض الذى كان يستحقه المصاب لولا ما وقع منه من خطأ (راجع فى أصل هذا المبدأ وتطور صورته المختلفة كتابنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٣٢٢ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٣٢٠) • ومن المسلم به أيضا أنه اذا طالب ذوو المصاب بحقه فى التعويض ، جاز للمسئول أن يدفع المدعى بخطأ المصاب توصلا الى نفي المسؤولية عنه كلية أو الى تخفيضها على الأقل • ولكن أيجوز له ذلك اذا كان المطالب بالتعويض أبأ المصاب بصفته الشخصية عن الضرر الذى لحق به هو من جراء وفاة ولده بخطأ المسئول ؟ يظهر بادية الأمر أنه لا يجوز له ذلك ، لأن أبأ المصاب اذا يطالب بتعويض الضرر الذى لحق به شخصا يكون هو مصابا ثانيا ، ولا يصح أن يحتج عليه بخطأ المصاب الأول اذا لم يكن هو مسئولا عنه • ولكن هذه النظرة الاولى تصطدم مع شعورنا بالعدالة ، اذ لا يمكن أن نسلم بأنه اذا ألقى شخص بنفسه تحت عجلات سيارة مسرعة قاصدا الانتحار ، فنتجت عن ذلك وفاته ، يكون لذويه الحق فى المطالبة بتعويض عن الضرر الذى أصابهم شخصا بمقولة ان الخطأ الذى وقع من المصاب الأول لا يجوز الاحتجاج به عليهم •

وهذا الشعور بالعدالة هو الذى حدا محكمة الاستئناف فى قضية مدرسة جمعية الايمان السالف ذكرها الى تخفيض قيمة التعويض الذى طالب به الأب ، مراعية فى ذلك ما وقع من التلميذ من خطأ ، بعد أن قالت انها ترى أن التلميذ وقد بلغ عمره ١٢ سنة وقت الحادث أصبح عنده من التمييز قدرا كان يستطيع معه أن يدرك شيئا ما من خطورة الموقع الذى هلك فيه (استئناف مصر ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٣) •

ونحن نقر المحكمة على ما ذهبت اليه فى هذا الحكم ، وفى الوقت ذاته نسلم بأن الاعتراض الذى يقوم ضده بادية الأمر اعتراض له وجاهته ، ولكنه لا ينطبق على مثل هذه الحالة ، وذلك انه من الخطأ أن

نعتبر أن مسؤولية المدرسة قبل الأب ، وهو المصاب الثاني ، مختلفة عن مسؤوليتها قبل الابن وهو المصاب الأول (لو أنه أصيب بعاهة مستديمة ولم يمِت) ، إذ أن الضرر الذي لحق بالمصاب الثاني ليس الا نتيجة للضرر الذي حل بالمصاب الأول ، مما يجعل مسؤولية المدرسة عن الضرر الثاني مقيدة بمسؤوليتها عن الضرر الأول ، وبما أن مسؤوليتها عن الضرر الأول تنتفى إذا كان خطأ المصاب الأول يجب خطأها (كما في حالة الشخص الذي انتحر بالقاء نفسه تحت عجلات السيارة) أو تنقص إذا اشترك المصاب الأول في أحداث العمل الضار بخطأ لا يجب خطأ المسئول الأول (كما في حالتنا هذه) ، فإن مسؤوليتها عن الضرر الثاني — الذي هو نتيجة للضرر الأول — تتبع نفس المصير ، فتنقضي كذلك أو تنقص حسب الأحوال .

أثر رضا المصاب في دفع المسؤولية المدنية (*) — قبلت إحدى شركات الأراضي وكثيرون غيرها من الملاك المنتفعين بمصرف عومى القاء ناتج تطهير هذا المصرف بأراضيهم دون أن يكون لهم حق المطالبة بأى تعويض ، ثم باعت أرضها ، ورضى المشتري بهذه الحالة مدة من الزمن . ولكنه طالب أخيرا وزارة الأشغال بتعويض عن الضرر الذي أصابه بشغل أرضه بالأتربة الناتجة من التطهير ، وقد حكمت له المحكمة الابتدائية بالتعويض ، ومحكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم بناء على ما ثبت لديها من رضا المشتري بهذه الحالة من سنة ١٩٢٤ الى سنة ١٩٣٣ تاريخ رفع الدعوى .

وقد رفضت محكمة النقض في ٢٧ فبراير ١٩٣٦ الطعن الذى رفع إليها عن حكم محكمة الاستئناف ، وأيدت ما ذهب إليه هذه المحكمة من إعفاء وزارة الأشغال من كل مسؤولية بناء على رضا المالك بالفعل الذى نشأ عنه الضرر بأرضه (المحاماة ١٦ — ٨٧٧ — ٤٠١) .

وقد أصاب هذا الحكم الحل الصحيح طبقا لقاعدة « أن رضا

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد إبريل سنة ١٩٣٧ .

المصاب بالضرر يبطل أثره « Volenti non fit injuria » غير أنه يجب التحرز من تعميم هذه القاعدة ، لأنها لا تنطبق الا على الضرر الذي يلحق المال فقط دون النفس (راجع في تفصيل ذلك سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ من ص ٣٠١ الى ٣٣١ وباللغة الفرنسية من ص ٣٠٠ الى ص ٣١٩) •

مدى مسؤولية المهندس والمقاول واساس التضامن بينهما (*) :

تنقضى التعمدات بالوفاء بها ، فلا مسؤولية على المتعهد بعد قيامه بما تعهد به وتسليمه الى الدائن ، وكان يتعين تبعا لذلك أن تنقضى مسؤولية المقاول والمهندس متى سلما المالك المبانى التى تعهدا له بها ، ولكن لأنه يتعذر على المالك أن يتحقق وقت تسلمه المبانى من مطابقتها لأصول الفن ومن خلوها من كل عيب ظاهر أو خفى ، رأى المشرع أن يجعل المهندس المعماري والمقاول مسئولين بالتضامن عن خلل البناء في مدة عشر سنين ولو كان الخلل ناشئا عن عيب الأرض أو كان المالك أذن في انشاء أبنية معينة (المادة ١٧٩٢/٥٠٠/٤٠٩ و ٢٢٧٠ مدنى) • لجات هذه المسؤولية المقررة بنص خاص استثناء من القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية لا من حيث استمرارها بعد انقضاء العهد الأصلي فحسب ، بل أيضا من حيث قيامها بدون اثبات خطأ المهندس أو المقاول ، ومن حيث امتناع دفعها بنفى الخطأ عن أيهما أو باثبات وجود عيب في الأرض أو بالتمسك برضا المالك بالأبنية المعينة (بلانيول ج ٢ نبذة ١٩٠٩ و ١٩١٥ جوسران ج ٢ نبذة ١٢٩٨) •

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر في ٥ نوفمبر ١٩٣٥ (المحاماة ١٦ — ٧٠٢ — ٣٢٨) بأن هذه المسؤولية ليست مقصورة على حالة مخالفة المواصفات المذكورة في العقد ، بل تشمل كل نقص في الأعمال اللازمة لسقلامة البناء ولولم ينص عليها في العقد • فتمتى ظهرت ضرورة عمل ميده مسلحة تعين على المقاول النص عليها في العقد وتنبهه المالك اليها ، حتى اذا تجاوزها وأشار بعدم عملها كان المقاول مسئولا

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ، أبريل ١٩٣٧

أمامه عند حدوث خلل في البناء بسبب ذلك في مدة عشر السنين التالية لتسلم البناء ، ولم يجوز له أن يحتج بعدم ذكر هذه المدة بين الأعمال التي تعهد في العقد بالقيام بها .

وبدهي أنه مادام المقاول لا يجوز له أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية بموافقة المالك صراحة على التجاوز عن عمل ضروري ، فمن باب أولى لا يجوز له دفعها بالتمسك بمجرد عدم النص في العقد على هذا العمل الضروري .

أما عن التضامن المنصوص عنه في المادة ٤٠٩ بين المقاول والمهندس المعماري ، مع عدم نص المواد الفرنسية عليه ، يفترض فيه أن المالك قد تعاقد مع كل منهما مباشرة ويدون اشتراط التضامن بينهما ، لأنه ان تعاقد مع أحدهما وكان الآخر تابعا له ، توافر التضامن بينهما بغير حاجة الى نص هذه المادة . وكذلك يفترض فيه أيضا تكليف المهندس ملاحظة أعمال البناء ، والا اقتضت مسؤوليته على ما ينشأ عن عيوب رسمه فقط طبقا للمادة ٤١٠/٥٠١ . فالمادة ٤٠٩ قد فرضت التضامن على شخصين ليس بينهما أي علاقة قانونية ، ليكون كل منهما رقبيا على عمل الآخر ، وعاملا على تلافي نقصه ، لأن عمل كل منهما مرتبط بعمل الآخر ومتمم له . ولا شك أنه اذا تعدد المقاولون المتعهدون للمالك مباشرة بالقيام بالعمل كله كان كل منهم متضامنا مع المهندس . ولكن أيكون متضامنا مع شركائه في عقد المقاولة ؟

نرى قبل الجواب عن هذا السؤال أن نشير الى التفرقة بين التضامن التام *Solidarité parfaite* الذي تترتب عليه جميع الآثار الناشئة عن فكرة التمثيل والائابة بين المدينين ، وبين التضامن الناقص *Solidarité imparfaite ou obligation in solidum* الذي لا يترتب عليه الا التزام كل من غاعلى الضرر بكامل التعويض ، والى أن الأول لا يكون بغير نص في الاتفاق أو في القانون ، بينما الثاني نتيجة طبيعية لتطبيق قواعد المسؤولية والسببية (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٤٢٨ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٥٧ وما بعدها) .

ولا شك في أن التضامن المنصوص عنه في المادة ٤٠٩ تضامن تام ،
فهو يتوافر فيما بين الشركاء في عقد المقاولة ؟

أجابت عن ذلك محكمة استئناف مصر بالإيجاب في حكمها سالف
الذكر حيث قالت « أن القانون في المادة ٤٠٩ يوجب مسؤولية المقاول
والمهندس بالتضامن عن خلل البناء ، فإذا كان هناك عدة مقاولين فلا شك
أن مسؤوليتهم واجبة التضامن أيضا مع المهندس أو المهندسين أن
تعددوا ، وهذا يتفق أيضا وروح القانون في المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدنى ،
فقد أوجب التضامن في المادة الأولى في الحالة المبينة بالمادة الثانية والتي
تنص على أن كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يوجب إلزام فاعله بتعويض
الضرر . فإذا فرض وكان المستأنف وآخر هما اللذان بإشرا عملية البناء
وظهر خلل ، كانا مسئولين معا بالتضامن عن تعويض الضرر المتسبب عن
فعلهما » .

ولكن بالتأمل يتضح أن هذه النظرة ليست دقيقة ، لأن النصوص
المتعلقة بالتضامن التام نصوص استثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها ،
ولا القياس عليها .

أما عن نص المادة ٤٠٩ ، فقد بينا أن المشرع انما أراد به أن
يفرض التضامن على شخصين ، هما المقاول والمهندس ، وهما لا تربطهما
أى علاقة قانونية ، بل لكل منهما عمل متميز عن عمل الآخر ، ويغلب أن
يكون تعاقد المالك مع كل منهما مستقلا عن تعاقد الآخر ، والأصل
فيهما استقلال كل منهما بتعهده بدون تضامن مع غيره ، فجاء نص المادة
٤٠٩ استثناء من ذلك الأصل بقصد فرض التضامن بين المهندس والمقاول .
فإذا تعدد المهندسون أو المقاولون وكان تمهد كل فريق منهما بعمل
المهندسة أو المقاولة بأكمله ، توافرت الرابطة القانونية بين أعضاء كل
فريق ، وجاز للمالك أن يشترط التضامن عليهم ، فإن لم يفعل لم يجز
له الاستناد الى التضامن المنصوص عنه في المادة ٤٠٩ لربط المهندس
والمقاول بعضهما ببعض . وأصبح أعضاء كل فريق متضامين مع الفريق
الآخر بناء على المادة ٤٠٩ ولكنهم غير متضامين فيما بينهم ، فإذا رفع

المالك الدعوى على أحد الماقلين مثلا ترتب على ذلك قطع المدة بالنسبة لذلك الماقل والمهندس لقيام التضامن بينهما ، ولم يكن له أى أثر بالنسبة لغيره من الماقلين لانعدام التضامن بينه وبينهم مع التزام كل منهم بكامل التعويض .

فالمادة ٤٠٩ لا يستفاد منها قيام التضامن التام بين الماقلين المتعددين (١) ، وهى لم توضع لهذا الغرض أصلا ، بل الواقع أن كلا من هؤلاء الماقلين بحكم تمهده بعمل الماولة بأكمله ، وبحكم تضامنه شخصيا مع المهندس ، يجوز مطالبته بكامل التعويض ، ولكنه لا يعتبر ممثلا باقى الماقلين ولا نائباً عنهم . وهذا هو التضامن الناقص بعينه الذى ينتج من تطبيق القواعد العامة والذى لا يحتاج فيه الى نص ، والذى أخذت به المحاكم الفرنسية لعدم نص المادة ١٧٩٢ مرنسى على التضامن بين الماقل والمهندس .

وقد شعرت المحكمة بضعف استنادها الى هذا النص ، فجلأت الى تلمس روح القانون فى المادة ١٥٠ مدنى أهلى ، غير أنه لما كان نص هذه المادة على التضامن تقريراً لحكم استثنائى مقصور على أحوال المسئولية التقصيرية المبينة فى المواد ١٥١ - ١٥٣ ، فلا يصح بأى حال أن يتمدها الى أحوال المسئولية التماقدية المترتبة على الماقلين المتعددين ، ولو عن طريق الاستدلال منها على روح القانون .

تقدير التعويض وواجب الضرر فى وقف الضرر (*) :

تسريت المياها من مواسير تابعة لوزارة الأشغال الى جدار منزل مملوك لأحد الأفراد ، فأحدثت بالمنزل خلاا استوجب اخلاءه ، ورفع

(١) المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ تنطبق فى حالة هدم المبلى ولكنها لا تنطبق على الاساسات التى لم يتم فوقها مبلى .
(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٩ عدد مارس ويونيه ١٩٤٩ .

المالك دعوى على الوزارة مطالبا اياها بتكاليف اصلاح المنزل ومقابل ريعه الى حين اصلاحه وامكان تأجيله . وطالت اجراءات التقاضى مدة ارتفعت فى أثناءها الأسعار وزادت تكاليف اصلاح المنزل زيادة كبيرة ، فحكمت المحكمة بمسئولية الوزارة عن الخلل الذى أصاب المنزل وألزمته بنفقات اصلاحه على أساس الأسعار الجارية وقت الحكم وبقيمة ريعه من وقت وقوع الفعل الضار الى وقت الحكم مع مراعاة ما يستغرقه الاصلاح من زمن بعد صدور الحكم . خطعت وزارة الأشغال فى هذا الحكم بأنه اذ قدر تكاليف الاصلاح على أساس ما كانت تساويه وقت الحكم لا وقت وقوع الضرر ، واذ ألزم الطاعنة بمقابل الخلو عن مدة التقاضى كلها لا عن المدة اللازمة للاصلاح فحسب ، قد خالف القانون ، ذلك أن حق التعويض ينشأ ويتحدد عند وقوع الفعل الضار ولا يؤثر فى هذا الحق من المؤثرات الا ما يرتبط والفعل ارتباطا العلة بالمعلول . وابطاء المطعون ضده فى رفع الدعوى والضراء فى مباشرة العمل والقضاء فى الحكم ، مع انخفاض سعر العملة واشتداد الغلاء فى هذه الأثناء ، كل ذلك عوامل منقطعة الصلة بالفعل الضار ، ثم ان من واجب المضرور أن يسعى لجبر الضرر فان تهاون فاستفحل الضرر كانت مغبة تهاونه عليه .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن بحكم أصدرته فى ١٧ أبريل ١٩٤٧ (المحاماة ٢٨ — ٧٥٩ — ٢٤٩) وقررت فيه المبادئ الآتية :

١ — ان التعويض انما يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان تقديره من المسائل الواقعية التى يستقل بها قضاة الموضوع ، فان تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيم عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكليف القانونى للواقع .

٢ — ان التعويض لا يكون كافيا لجبر الضرر اذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . فاذا كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار اليه عند الحكم مراعى التغيير فى

الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ، ومراعيًا كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها •

٣ - انه لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على اصلاح الضرر • فان تهاون كانت تبعة تهاونه عليه ، لأن الترام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول الترامه •

وانى أرى أن المبدأين الأولين جديران بالتتويه وأن الثالث في حاجة الى ضبط وتحديد •

فالمبدأ الأول يفرق بين تعيين الضرر الذى يجب تعويضه وبين تقدير القيمة النقدية لهذا الضرر وهى قيمة التعويض • فالضرر الذى يستوجب التعويض يجب أن يكون محققا لا احتماليا ، وأن يكون ناشئا مباشرة عن الفعل الضار سواء أكان خسارة لحقت المصاب أم كسبا ضاع عليه • ويعتبر توافر هذه الشروط في الضرر مسألة قانونية يتوقف عليها جواز الحكم بتعويضه أو عدمه ، ويخضع القاضى في تقدير هذه الشروط لرقابة محكمة النقض • فإذا لم يكن ثمت خلاف على توافر هذه الشروط في كل من عناصر الضرر المطلوب تعويضه فان تقدير قيمة هذا الضرر بمبلغ نقدي يحكم به على سبيل التعويض يكون مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضى ، فيستطيع هذا أن يلجأ في تحديد قيمة التعويض الى تقدير الخبراء أو أن يقدرها بنفسه ، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض الا من حيث الوقت الذى اتخذه أساسا لتقدير قيمة الضرر •

والمبدأ الثانى يحدد هذا الوقت بأنه وقت الحكم لا وقت وقوع الفعل الضار • فإذا كان الضرر لم يقع كله دفعة واحدة وقت ارتكاب الفعل الضار بل ترايد مع الزمن ، وجب ألا يقتصر التعويض على قيمة

الضرر الذى حدث عند وقوع الفعل الضار بل يشمل كل ما تحقق من أضرار ناشئة عن هذا الفعل الى وقت الحكم ، مع حفظ حق المصاب فى الحصول على تعويض تكملى بحكم آخر اذا استمر الضرر يتزايد بعد صدور الحكم الأول .

ومتى عين الضرر الواجب تعويضه وجب كذلك تقدير قيمته وقت الحكم لا وقت وقوع الفعل الضار ، وذلك لأن الأصل فى التعويض اعادة الشئ الى أصله ، ولا يتسنى للمضروب تحقيق ذلك الا بعد صدور الحكم له بمبلغ التعويض ومضى الوقت الكافى للحصول على هذا المبلغ واصلاح الضرر به ، فلا يعتبر التعويض متكافئاً تكافؤاً حقيقياً مع الضرر الا اذا قدرت قيمته وقت الحكم على الأقل وبقطع النظر عن قيمة الضرر وقت وقوعه . ولا يجوز للمسئول أن يتذرع بأن زيادة الأسعار اللاحقة للفعل الضار ليست نتيجة مباشرة لهذا الفعل ، لا يجوز له ذلك لأن هذه الزيادة لا تدخل فى تقدير التعويض باعتبارها عنصراً مستقلاً من عناصر الضرر الواجب تعويضه حتى يبحث فيها عن صلتها بالفعل الضار ، وانما تدخل فى التقدير باعتبارها فقط أساساً لحساب قيمة الضرر المباشر وقت الحكم .

أما المبدأ الثالث فيتعلق بواجب المصاب فى وقف الضرر أو وضع حد له ، فقد نفت المحكمة العليا هذا الواجب نفيًا باتاً ، وقالت ان التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضروب أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه . ونحن نرى أن هذا القول محل نظر لمخالفته للمبادئ العامة المسلمة .

فمن هذه المبادئ أن الفاعل لا يسأل عن الضرر الا اذا كان نتيجة مباشرة لفعله وأنه يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه اذا أثبت أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه كخطأ المصاب نفسه .

فالفاعل لا يسأل الا عن الضرر المباشر ، ولكن اذا تسلسلت الأضرار فأياًها يعتبر نتيجة مباشرة للفعل الضار وأياًها لا يعتبر كذلك ؟ لى الفقه

والقضاء صعبية في ايجاد فيصل للفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر ، واهتديا آخر الأمر الى فيصل أقرهما عليه المشرع في القانون المدني الجديد ، حيث نص في المادة ٢٢١ منه على أن « يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما غاثه من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » (وأنظر استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٠ ص ٤١٨) ، وموجز السنهوري ص ٣٤٥ نبذة ٣٣٥) .

ومقتضى هذا المعيار أن على الدائن أو المضرور واجبا أن يتوقى تفاقم الضرر إذا كان ذلك لا يكلفه الا بذل جهد معقول . فإذا قصر في هذا الواجب ولم يمنع تفاقم الضرر فإن ما زاد في الضرر بسبب هذا التقصير يعتبر نتيجة مباشرة لهذا التقصير لا للفعل الضار الذي نجم عنه الضرر الأول ، ولا يسأل عنه مرتكب ذلك الفعل (راجع مذكراتنا في الفعل الضار ص ٥٧ نبذة ٤٨) .

فمثلا إذا كان الضرر بحيث يستطيع المصاب أن يحول دون استفحاله أو أن يخففه باتباعه علاجا خاصا ، اعتبر المصاب مقصرا إذا لم يتبع ذلك العلاج ، لأنه ملزم بالعمل على تحاشي الضرر أو تخفيف وقعه عليه ، ولو اقتضى ذلك منه بعض التضحية .

وقد حكم تطبيقا لذلك بأن صاحب سيارة النقل التي تهشم في الحادث كان في وسعه أن يحدأ عن نفسه خسارة ايراد تلك السيارة بشراء سيارة أخرى تقوم مقامها (استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٣١ « ٤٣ ص ٢٥٥ ») ، غير أنه إذا كان وقف الضرر أو تخفيفه يتطلب من المصاب أكثر من بذل جهد معقول ، أى جهدا لا يقدر عليه أو تكون فيه مشقة عليه كبيرة لا يجوز أن يطلب اليه تحملها ، فإنه لا يكون مقصرا في عدم بذل هذا الجهد (أنظر في هذا المعنى لازو نبذة ١٤٧٤ فقرة ثانية ، وسليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٩٩) وتطبيقا

لذلك قضت محكمة النقض في ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ (مجموعة عاصم للأحكام الجنائية ١ - ١٠ - ٧) بأنه إذا كان الالتهاب الذي سبب الوفاة نتيجة للإصابة التي أحدثها الطاعن بالمجنى عليه ووجبت مساعته عنها ، فلا يرفع من مسؤوليته أن المجنى عليه أو ذويه رغبوا أن تبتر ساقه وأن هذا البتر كان يحتفل معه نجاته ، إذ لا يجوز له ، وهو المحدث للإصابة ، أن يحتفى لدرء المسؤولية عن نفسه وراء احجام المجنى عليه عن تحمل بتر ساقه وهو اجزاء جراحى عظيم الخطر فضلا عما يسببه من آلام مبرحة .

يخلص من ذلك أن الأصل أنه يجب على المصاب أن يبذل جهدا معقولا لتخاشى وقوع الضرر أو لوضع حد له بعد وقوعه . أما إذا كان الجهد المعقول لا يكفي لذلك ، فلا لوم على المصاب إذا هو انتظر أن يقوم المسئول بجبر الضرر .

وفي القضية التي صدر فيها الحكم محل هذا التعليق ، يبدو أن مالك المنزل الذي أصابه التلف كان يستطيع أن يقف الضرر عند حد بأن يرفع دعوى اثبات حالة ويقوم باصلاح التلف فيمنع الضرر الناتج من خلو المنزل ويطلب الوزارة المسئولة بنفقات الاصلاح ويريع المنزل عن المدة التي اقتضاها الاصلاح ، وأن ذلك كله لم يكن يقتضيه الا بذل جهد معقول ، فيعتبر مسئولا عن عدم بذله ولا يكون له حق في التعويض عن خلو المنزل فيما زاد عن المدة التي كان يقتضيها اصلاحه لو قام به من أول الأمر .

لذلك قلنا ان ما قررته محكمة النقض محل نظر ، وأنه يجب ضبطه بأن ليس على المصاب أن يعمل على منع تفاقم الضرر إذا كان ذلك يقتضيه بذل جهد كبير وتضحية لا قبل له بها ، وأنه بالعكس من ذلك يجب أن يعمل على وقف الضرر إذا كان ذلك لا يقتضيه سوى بذل جهد معقول .

هل يجوز الجمع بين التعويض والكفاة الاستثنائية التي يمنحها الموظف الذي يصاب بسبب تأدية أعمال وظيفته ؟ (*) :

حكمت محكمة استئناف مصر في ١٧ نوفمبر ١٩٣٥ بأن المكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظفون والمستخدمون الذين يصبحون غير قادرين على الخدمة بسبب حوادث قد نشأت بداهة عن تأدية أعمال وظيفتهم كما نص على ذلك في المادة ٣٣ وما بعدها من قانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ لا تتعارض مع التعويض الواجب لهم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية عند ثبوت وقوع الضرر بخطأ المصلحة التابع لها الموظف ، لأن المكافأة الاستثنائية تمنح بسبب الحوادث القهرية التي قد تنشأ عن العمل في ذاته والأذى أو المرض الذي يصيب المرضى بسبب طبيعة العمل (المحاماة ١٧ - ١٠٢ - ٢٥ ، وفي هذا المعنى بالنسبة لقانون المعاشات العسكرية (١٩٣٠) نقض جنائي ٨ ديسمبر ١٩٤١ مشار إليه في المحاماة ٢٦ - ٥٨٦ - ٢٢١ منشور في المحاماة ٢٢ - ٦٠٣ - ١٩٧) .

فهل قصدت المحكمة أن تعطى الموظف الذي أصيب في حادث ثبت فيه خطأ المصلحة التابع هو لها حق مطالبته بجميع الأضرار التي أصابته بسبب هذا الحادث بصرف النظر عن المكافأة الاستثنائية التي يكون قد استولى عليها طبقاً لقانون المعاشات ؟ لو كان الأمر مقصوراً على المكافأة العادية التي يستحقها الموظف عن مدة خدمته وفي غير حالة حصول حوادث ، ما ترددنا في موافقة محكمة الاستئناف فيما ذهب إليه ، لأن المكافأة العادية ناشئة عن مدة الخدمة ، والحق في التعويض أساسه الخطأ الذي سبب الضرر ، فلا مانع من الجمع بينهما . أما المكافأة الاستثنائية فهي نوع من التعويض الجزائي indemnité forfaitaire يمنحه الموظف إذا أصيب في حادث نشأ بداهة عن تأدية أعمال وظيفته (الفقرة الأولى

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد . السنة السابعة ، فبراير ١٩٣٧ ص ٢٥٤ .

من المادة ٣٣ من قانون المعاشات المشار اليه) ، بل الأقرب الى الحقيقة أن المكافأة الاستثنائية تشمل المكافأة العادية (بدليل أنها تجب هذه المكافأة العادية وأنها تنصب على أساس مدة الخدمة) ، وتشمل أيضا التعويض الجزاف الذي قرره الشارع لمن يصابون في أثناء وبسبب تأدية وظيفتهم ، ذلك التعويض المقرر بحكم القانون تأسيسا على نظرية تحمل التبعة ومخاطر الحرفة لتخفيف الضرر عن المصابين في حالة عجزهم عن اثبات الخطأ على رب العمل ، ويؤيد ذلك ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٣٥ من قانون المعاشات حيث نصت على أنه « في حالة ما اذا ثبت من الكشف الطبى أن صاحب المعاش قد شفى من الجروح التى أصابته بسبب تأدية أعمال وظيفته يشطب المعاش الاستثنائى المرتب له ويمنع ما يستحقه من المعاش أو المكافأة على واقع مدة خدمته مضافا اليها ثلاث سنوات ، ما لم يكن أعيد الى خدمة الحكومة . وفي هذه الحالة الأخيرة يشطب المعاش الاستثنائى وعند احالته على المعاش ثانيا تحسب له مدة خدمته السابقة واللاحقة لعودته الى الخدمة مضافا اليها ثلاث سنوات في تسوية معاشه أو مكافأته بصفتهائمية » .

ويؤيد أيضا ما في المكافأة الاستثنائية من معنى التعويض نص الفقرة الخامسة من المادة ٣٦ والفقرة الثانية من المادة ٣٩ حيث جاء فيها « أنه يرخص لنظارة المالية في الأحوال الاستثنائية ... أن تمنح المعاش بحسب ما تراه مناسبا لشدة الإصابة بالجرح » . ومن المسلم به في جميع القوانين الحديثة أن نص الشارع على التعويض الجزاف الذى يجب على رب العمل بحكم القانون لا يحول دون حصول العامل المصاب على تعويض كامل لجميع الأضرار التى لحقتة اذا استطاع أن يثبت مسئولية رب العمل وفقا للقواعد العامة ، ولكنه لا يجوز له أن يجمع بين التعويض الجزاف الذى قرره الشارع احتياطا والتعويض الكامل الناشئ عن المسئولية التقصيرية (أنظر مازو نبذة ٢٦٥) ، لأنه متى حق له التعويض الكامل أصبح حكم التعويض الجزاف غير منطبق عليه .

وبناء على ذلك نرى أنه متى ثبت خطأ المصلحة — كالحال في القضية التي فصل فيها حكم الاستئناف — استحق الموظف التعويض الكامل ولم يعد له حق في التعويض الجزاف ، مع عدم الإخلال بحقه في المكافأة العادية عن مدة خدمته ، فإذا استولى على المكافأة الاستثنائية التي تشمل التعويض الجزاف ، ثم طالب بالتعويض الكامل ، وجب تخفيض مكافأته إلى حد المكافأة العادية واحتساب الفرق بينها وبين المكافأة الاستثنائية التي حصل عليها ، من أصل التعويض الكامل الذي يستحقه طبقاً للقواعد العامة .

وقد أخذت برأينا محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٣ فبراير ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ — ٥٨٦ — ٢٢١) .

عدم جواز الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظف الذي يصاب بسبب تأدية وظيفته (*) :

في ١٧ نوفمبر ١٩٣٥ أصدرت محكمة استئناف مصر حكماً قررت فيه أن المكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظفون والمستخدمون الذين يصبحون غير قادرين على الخدمة بسبب حوادث قد نشأت بداهة عن تأدية أعمال وظيفتهم كما نص على ذلك في المادة ٣٣ وما بعدها من قانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ لا تتعارض مع التعويض الواجب لهم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية عند ثبوت وقوع الضرر بخطأ المصلحة التابع لها الموظف ، لأن المكافأة الاستثنائية تمنع بسبب الحوادث القهرية التي قد تنشأ عن العمل ذاته والأذى أو المرض الذي يصيب المرضى بسبب طبيعة العمل (المحاماة ١٧ — ١٠٢ — ٢٥) .

وقد علقنا على ذلك الحكم في حينه ، وبيننا أن المكافأة الاستثنائية

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عشرة ، يونيو

تتضمن — غيما يجاوز مقدار المكافأة العادية — نوعا من التعويض الجزاف *indemnité forfaitaire* الذي قرره الشارع لمن يصابون في أثناء وبسبب تأدية وظائفهم ، وكان من رأينا — خلافا لما ذهبت اليه محكمة الاستئناف في ذلك الحكم — انه لا يجوز الجمع بين هذا التعويض الجزاف وبين التعويض الكامل الخاضع للقواعد العامة لأن الغرض من التعويض جبر الضرر لا الاثراء ، وهذا الغرض يتحقق بأحد التعويضين ، فلا محل لاجازة الجمع بينه وبين التعويض الآخر . وقلنا انه اذا استولى الموظف على المكافأة الاستثنائية التي تشمل التعويض الجزاف ، ثم طالب بالتعويض الكامل ، وجب تخفيض مكافأته الى حد المكافأة العادية وحساب الفرق بين هذه المكافأة والمكافأة الاستثنائية التي حصل عليها واستنزاه من أصل التعويض الكامل الذي يستحقه طبقا للقواعد العامة (القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ٣٥٤ وما بعدها) .

وفي قضية أخرى أيدت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض ما سبق أن ذهبت اليه محكمة الاستئناف في حكمها سالف الذكر فقررت بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٤١ (المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧) أن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند اصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث في وقائع حربية أو في مأموريات أمروا بها لا دخل فيه للتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من يكون سبب له الاصابة عن عمد أو تقصير منه . وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاش أو في التعويض . اذ المعاش مقرر بقانون خاص ملحوظ فيه ما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات في سبيل غاية من أشرف الغايات ، فهو بهذا الاعتبار — فيما يزيد على ما يستحقه المصاب على أساس مدة خدمته وما استقطع من راتبه — ليس الا مجرد منحة مبعثها التقدير لمن أقدم على تحمل التضحيات في خدمة بلده دون التفات الى مصدر هذه التضحيات ان كان فعلا مستوجبا مساعلة أحد عنه ، أو كان غير ذلك مما لا يمكن أن يسأل عنه أحد . أما التعويض فالمرجع فيه الى القانون العام

الذى يوجب على كل من تسبب بفعله في ضرر غيره أن يعرضه عن هذا الضرر جزاء تقصيره فيما وقع منه . وتقديره موكل للقاضي يزنه على اعتبار ما خسره المضرور وما فات عليه من فائدة ، بخلاف المعاش فإنه محدد في القانون بمقادير ثابتة . وإذا كان المعاش لم يلاحظ فيه أن يكون تعويضا عن الأضرار الناشئة عن إصابات ، فإن الإصابة إذا كانت ناشئة عن فعل مستوجب لمساءلة فاعله مدنيا فلا يجوز أن يحسب للمعاش حساب في تقدير التعويض المقتضى دفعه عنها للمصاب ولو كانت الحكومة هي الملزومة بالتعويض مهما كانت صفتها في ذلك . ولا يصح إذن في هذا الصدد القول بأن إعطاء التعويض عن الإصابة مع ربط المعاش من أجلها فيه جمع بين تعويضين عن ضرر واحد .

ويؤخذ من الأسباب التي بنى عليها هذا الحكم جواز الجمع بين التعويض وبين المكافأة الاستثنائية أو المعاش الخاص الذي يمنحه رجال العسكرية الذين يصابون في أثناء تأدية وظيفتهم أن المكافأة أو المعاش لا يعتبران في هذه الحالة تعويضا عن الضرر ، بل منحة ملحوظا فيها ما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات في سبيل غاية من أشرف الغايات ، ومبعضها التقدير لن أقدم على تحمل التضحيات في خدمة بلده .

غير أنه بالرجوع الى أحكام قانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٥ يتضح أن الضابط أو العسكري المصاب يمنح معاشا خاصا أو مكافأة استثنائية تقدر ، بصرف النظر عن مقدار مدة خدمته ، حسب درجة خطورة إصابته وفقا للفتات المبينة في المادتين ٣١ و ٣٢ ، وهذا معناه أن المكافأة أو المعاش في هذه الحالة يقدران بمقدار الضرر ، مما يجعل لهما صفة التعويض القانوني ، بل إن المشرع قد رأى أن هذا التعويض المحدد بنص القانون قد يقصر في بعض الأحوال عن جبر الضرر جبرا كاملا ، فخص بالذكر في الفقرة الثالثة من المادة ٣١ الحالة التي تكون فيها الجروح المنصوص عليها في هذه المادة من شأنها منع الضابط من اكتساب معاشه وأجاز فيها لوزير المالية بناء على طلب وزير الحربية

زيادة مقدار المعاش الى الحد الذي يراه مناسبا . ولم يكتف بالنص على هذه الحالة الخاصة ، بل ضمن المادة ٣٧ نصا عاما يجيز لمجلس الوزراء أن يقرر بناء على اقتراح وزيرى المالية والحربية ولأسباب يكون تقديرها موكولا الى المجلس منح معاشات استثنائية أو زيادات، معاشات ومكافآت استثنائية الى أجد رجال الجيش المحالين الى المعاش أو الذين يفصلون من خدمة الجيش أو لعائلات من يتوفى من رجال الجيش وهم فى الخدمة أو بعد احالتهم الى المعاش . كل هذا يدل فى وضوح تام على رغبة المشرع فى أن يبلغ المعاش الخاص أو المكافأة الاستثنائية فى أغلب الأحوال قدرا كافيا يجبر كل ما يحق بالاضابط أو العسكرى من ضرر .

ومما يؤيد المصفة التعويضية لهذه المكافأة أو المعاش الاستثنائية أن المشرع جعل المعاش رهونا باستمرار الضرر ، حيث نص فى المادة ٣٤ على أنه اذا ثبت من الكشف الطبى أن صاحب المعاش قد شفى يشطب المعاش الخاص المرتب له ويمنح ما يستحقه من المعاش أو المكافأة على واقع مدة خدمته مضاعفا اليها ثلاث سنوات (الفقرة الثالثة) . أما اذا تجاوز صاحب المعاش الخاص سن الخمسين دون أن يشفى أو اذا ثبت أن الجرح أو العاهة أو المرض غير قابل للشفاء فيقيد المعاش الخاص بصفة نهائية للضابط وللصف ضابط والعسكرى .

أما القول بأن المعاش الخاص أو المكافأة الاستثنائية منحة مبعثها التقدير لما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات فى سبيل الوطن ، فينفى أن هذه الأحكام المتعلقة بالمكافآت والمعاشات الاستثنائية فى قانون المعاشات العسكرية لها ما يقابلها فى قانون المعاشات الملكية رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٩ ، وكذلك فى القانون السابق عليه رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ ، مما يدل على أن هذه المعاشات والمكافآت الاستثنائية لم يقصد بها أن تكون منحة خاصة للعسكريين دون سواهم (*) ، بل تمويضا لكل موظف عن الأضرار التى تصيبه

(*) واذا مرضنا ما ذهب اليه المحكمة من أن المعاشات والمكافآت =

بسبب تأدية وظيفته ، تعويضا غير مشروط بوقوع خطأ من قبل الحكومة لأنه مبنى على فكرة تحمل التبعة *risque* التي اعتبرت منذ نهاية القرن الماضي في أكثر البلاد المتحضرة أساسا للترام رب العمل بتعويض عماله عن اصابات العمل والتي أخذ بها المشرع المصرى في قوانين المعاشات المذكورة ثم في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص باصابات العمل .

ومن المسلم في جميع القوانين الحديثة أن نص المشرع على التعويض الجزاف الذى يجب على رب العمل بحكم القانون لا يحول دون حصول العامل المصاب على تعويض كامل لجميع الأضرار التي لحقت له اذا استطاع أن يثبت مسؤولية رب العمل وفقا للقواعد العامة (١) . ولكنه لا يجوز له أن يجمع بين التعويض الجزاف الذى قرره المشرع احتياطيا والتعويض الكامل الناشئ عن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، لأنه متى حصل المصاب على التعويض الكامل انجبر الضر ولم يعد هناك محل للتعويض الجزاف (أنظر بوجه خاص فيما يتعلق

= الاستثنائية بمعناها التقدير لما تقتضيه طبيعة الاعمال العسكرية من استهداف للمخاطر ومن توضيحات ، فإن هذا لا ينفى أن الفرض المقصود بهذه المعاشات والمكافآت هو جبر الضرر كما بيناه . والمبرة فيها بالفرض المقصود *but* لا بالباعث *mobile* .

(١) أما ما نص عليه المشرع المصرى في المادة الرابعة من قانون اصابات العمل (القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) من أنه « لا يجوز للمسال نيبا يتعلق بحوادث العمل أن يتيسر ضد صاحب العمل بأى قانون آخر خلاف هذا القانون ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب صاحب العمل » ، فإنه نص استثنائى لم يرد له مقابل في أكثر التشريعات الملاحظة ، وقد اقتضته عندنا ضرورة رعاية جانب الصناعات الناشئة والتخفيف عنها بعض الشيء في مقابل ما فرضه عليها هذا القانون من التزامات ، وقد ضيق المحكم تطبيق هذا النص الاستثنائى وتوسعت فيها يعتبر خطأ فاحشا من رب العمل برب الرجوع الى احكام القانون العام (انظر فروعين نبذة ١٧٣ من موضوع المسؤولية المدنية وقرن نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢) (الحاماة ٢٣ — ٢٨٧ — ١٦٩) . وعلى أى حال فإن هذا النص لم يرد مظه في قانون المعاشات العسكرية الذى طبقه الحكم محل هذا التطبيق ولا في قوانين المعاشات الملكية التى اشرنا اليها .

بالموظفين العسكريين ، ديموج ج ٦ نبذة ٢٥٠ ، مازو نبذة ٢٦٤ ، وغيرهما يتعلق بالموظفين الملكيين مازو نبذة ٢٦٥ والشراح والأحكام المشار إليها فيهما) .

وقد أخذت بذلك الدائرة المدنية محكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ٣ غبرابر ١٩٤٤ قررت فيه « ان حادثة وفاة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات (القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٩) قد يترتب عليها أيضا التزام من يكون مسؤولا عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني ، ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة وأجاز زيادتها تبعا لظروف الحال ، فانه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملته المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان وان كانا مختلفين في الأساس القانوني ، فانهما متحدان في الغاية وهي جبر الضرر الواقع للضرور . وهذا الجبر ، وان وجب أن يكون كاملا متكافئا لتطور الضرر ، لا يجوز أن يكون زائدا عليه ، لأن كل زيادة تكون اثراء لا سبب له . ومن ثم فانه عندما تكون الحكومة مسؤولة أيضا عن التعويض الذي أساسه القانون المدني يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المستحق » . ولم يفت المحكمة أن تلاحظ أن المكافأة الاستثنائية ليست كلها تعويضا ، بل أن جزءا منها يعطى المكافأة العادية التي تستحق لورثة المستخدم عند وفاته وفاة طبيعية والتي تقدر حسب مدة خدمته ولا تكون لها علاقة بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فلم تستنزل من قيمة التعويض المستحق طبقا للقانون المدني الفرق بين المكافأة العادية والمكافأة الاستثنائية باعتبار أن هذا الفرق وحده هو الذي له صفة التعويض . وفي هذا المعنى أيضا نقض مدني ١٩٤٩/١٠/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٧ ، رقم ٣ . (قارن تعليقنا السابق الاشارة اليه) .

ونحن لا يسعنا الا التنبيه الى المبادئ التي قررها هذا الحكم ،

مخالفا بها ما قررته محكمة النقض في حكمها السابق ، لأننا نرى فيها المبادئ السليمة التي تتفق مع التكيف الدقيق للمكافآت والمعاشات الاستثنائية ، ذلك التكيف الذي يترتب عليه عدم جواز الجمع بين هذه المعاشات والمكافآت — فيما يجاوز قدر المعاشات والمكافآت العادية — وبين التعويض الكامل الذي يستحق طبقا للقواعد العامة .

تطبيق على حكم نقض منى

في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه (*)

إذا توفي المجنى عليه قبل أن يستوفي حقه في التعويض ، أين ينتقل حقه من بعده الى ورثته ؟

قررت محكمة النقض بتاريخ ١٤ مارس ١٩٤٤ (في القضية رقم ١١ سنة ١٤ قضائية) أنه « اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه » ، فلو ولد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذي لحق ابنه من جرائمها ، لأن من حقه بصفته وارثا له أن يطالب بتعويض الضرر المادي والأدبي الذي سببته الجريمة لمورثه على اعتبار أن هذا الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في التعويض ، فلا محصل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض » (المحاماة ٢٦ — ٥٦٥ — ٢١٢) .

ويظهر بادية الرأي من ذلك أن محكمةنا العليا قررت بهذا الحكم اجمالا مبدأ انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته في جميع الأحوال رآه كان المصاب لم يطالب بهذا الحق قبل وفاته مادام لم يتنازل عنه صراحة ولا ضمنا ، وأنها لم تستثن من هذا المبدأ الا حالة الجرائم التي

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة عدد

تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه • فما المقصود بهذه الجرائم المستثناة ؟ المعروف أن الجرائم التي تتوقف المحاكمة فيها عندنا على شكوى المجنى عليه هي جرائم الزنا دون غيرها • فإذا كان ذلك هو المقصود ترتب عليه — وفقا لعبارة محكمة النقض — جواز انتقال الحق في التعويض الى وريثة المصاب في جميع الأحوال فيما عدا الحق في التعويض الذي ينشأ من جريمة الزنا (١) • غير أنى أستبعد أن تكون محكمة النقض قصدت ذلك كما سألينه فيما بعد •

ويلاحظ بعد ذلك على المبدأ الذي قرره هذا الحكم بهذه الصيغة المطلقة أنه يتعارض مع الأحكام السابقة التي جرت عليها المحاكم المصرية وطنية كانت أو مختلطة ، وحسبنا بيانا لذلك أن نورد فيما يلي بعض ملخصات هذه الأحكام •

فمن قضاء المحاكم الوطنية :

— ان صفة الوراثة ليست بمفردها كافية للحكم بالتعويض ، وان الحق المخول لورثة القتل في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم حق نسبي قابل للتجزئة ، أى انه خاص بكل وارث على حدة وينسبة للضرر الذي لحقه شخصا • فإذا حكم لبعض الورثة بالتعويض في دعوى سابقة فهذا لا يمنع بقية الورثة من رفع دعوى أخرى يطلبون فيها تعويضا عما لحقهم هم أيضا من الضرر • وعلى الآخرين في هذه الحالة أن يثبتوا الضرر المادى الذى لحقهم بسبب قتل مورثهم (استئناف ١٣ يناير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ٧٣ — ٣٥ ، وفي هذا المعنى أيضا استئناف مصر ٢٥ فبراير ١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٨٧٣ — ٤٩٨ ، و ٧ فبراير ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٨٦٦ — ٥٢١) •

— وانه ليس لورثة المجنى عليه الرجوع بالتعويض اذا لم يثبتوا حصول ضرر لهم من الحادثة باثبات تولى المجنى عليه الاتفاق عليهم في

حياته (استئناف مصر ٣ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ١٦٤ — ٤٦٥) •

— وان المال الذى تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضاً عن موت مورثه ليس مالا متروكاً عن المورث ، بل هو تعويض شخصى يعطى للمورث من باب السلوى عما فقدته من النفع ، ونكب به من الخسارة ، وفجع فيه من عز العائل وعونه ، فلا يجوز لدائن المورث أن يحجز عليه وفاء لدينه الذى كان على المورث (مصر الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ — ٤٥٦ — ٣٥٢) •

— وان التعويض الذى يحكم به لورثة المجنى عليه لا يعتبر تركة عن المورث ، ومن ثم لا يكون تقسيمه طبقاً للأحكام الشرعية ، ولا يتعين أن يشترك فيه جميع الورثة بل يقتصر فى تقسيمه على الورثة الذين طالبوا بالتعويض ، ولا محل لاعتبار المبلغ فى حكم الدية لأنه متى كان هناك قصاص فلا دية شرعاً (المجلس الصبى العالى ٢ نوفمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٥ — ١٨٧ — ١٠٠) •

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة :

— أن دعوى التعويض ضد المتسبب فى الحادثة لا تعتبر من ثروة المجنى عليه لأن الحق فى التعويض حق شخصى ولا يقاس الا بمقدار الضرر الحاصل للوالدين وليس لهما هذا الحق باعتبار أنهما ورثة فقط (أول يونيه ١٩٣٥ (٤٧ ص ٣٤٩) المحاماة ١٦ — ٩٨٩ — ٤٦١) •

— وان ورثة المجنى عليه ليس لهم بهذه الصفة أى حق على التعويض الذى يستحق بسبب وفاة مورثهم ، لأن هذا التعويض لم ينشأ الا نتيجة لموت المورث وبالتالي لم يدخل قط فى ذمته المالية وان التعويض فى هذه الحالة يكون مستحقاً لأقارب المجنى عليه الذين أصابهم من وفاته ضرر [٢١ نوفمبر ١٩٣٥ (٤٨ ص ٣٣)] ، كان يكونوا فقدوا بوفاة المجنى عليه عائلاً [٢ يونيه ١٩٣٧ (٤٩ ص ٢٤٧) ، ٢٣ فبراير ١٩٣٨ (٥٠ ص ١٤٣)] •

— وأن نصيب كل منهم في التعويض يقدر بمقدار الضرر الذى أصابه ، دون نظر الى حصته في الميراث [٢٩ نوفمبر ١٩٢٣ (٣٦ ص ٥٨) والغازيت ١٥ - ٧١ - ١١٢] .

— وأن حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب المجنى عليه في حادثة (كالألم الجسمانى والاضطراب النفسى) حق متصل بشخصه مقصود به إيصال التعويض اليه شخصيا ، فهو حق غير داخل في ذمة المجنى عليه المالية وغير قابل للانتقال بسبب الوفاة فينقضى بوفاة المجنى عليه قبل تقريره ولو حصلت المطالبة به قبل الوفاة [١٥ يونيو ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧)] .

— وأن أفراد أسرة المجنى عليه ليس لهم بصفتهم ورثة أن يطالبوا بتعويض عن الآلام التى عاناها المجنى عليه نتيجة للحادث ، وإنما لهم فقط أن يطالبوا بتعويض عما يكون قد أصابهم شخصا من الأضرار بسبب الحادث الذى أفضى الى موت مورثهم [٤ مايو ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٧٩)] .

أهتكون محكمة النقض قد قصدت بحكمها سالف الذكر أن تقرر فيما يتعلق بانتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته مبدأ يخالف ما جرى به قضاء المحاكم الوطنية والمختلطة من قبل ؟ لا بد في الاجابة عن هذا السؤال من بحث وتفصيل ، لأن في المسألة -جورا مختلفة تتطلب كل منها حلا مغايرا لما تقتضيه الصور الأخرى ، فلا بد من استعراض هذه الصور المختلفة وبيان ما قرره بشأن كل منها الأحكام السابقة وتعيين الصورة التى فصلت فيها محكمة النقض بحكمها محل هذا التعليق .

وتختلف هذه الصور باختلاف نوع الضرر الذى يصيب المجنى عليه .

فالضرر نوعان : مادى وأدبى . والمادى هو الذى يسبب للإنسان

خسارة مالية ، سواء أصابه مباشرة في ماله (أى في حق من الحقوق التي تدخل في تقويم ثروته) أو أصابه في جسمه أصابة أفقدته قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو في سمعته أصابة حولت عنه عملاءه .
والضرر الأدبي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه أصابة تسبب له آلاما جسمية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية . وقد تبلغ الإصابة الجسمية حد الموت فتسبب للمجنى عليه ضررا ماديا وأديا .

وأرى قبل الدخول في التفاصيل أن أبدي ملاحظتين :

الأولى : أنه في جميع الصور — عدا حالة الإصابة الجسمية التي تؤدي بحياة المجنى عليه فوراً — يملك المصاب أن يتنازل عن حقه في التعويض ، فإن فعل انقضى بالتنازل حقه ولم يعد له أثر في ذمته المالية ولا في تركته وامتنع بالتالي انتقاله الى الورثة . وبالعكس من ذلك اذا طالب المصاب بالتعويض وحكم له به وحاز الحكم قوة الشيء المحكوم به أصبح حقه في استيفاء التعويض بلا نزاع عنصرا من عناصر ثروته ينتقل بعد موته الى ورثته . فلا صعوبة إذن ولا خلاف في هذين الغرضين . أما الصعوبة والخلاف وتباين الأحكام غفى الحالة التي يكون المجنى عليه فيها لم يصدر منه حال حياته تنازل عن حقه في التعويض ولا هو حصل على حكم نهائى قضى له بهذا الحق .

والملاحظة الثانية : أن الضرر الأصلي الذي يسببه الفعل الضار لشخص معين قد يرتد عنه ضرر آخر par ricochet يعيب شخصا أو أشخاصا آخرين كالأشخاص الذين كان المجنى عليه الأصلي يعولهم والأشخاص الذين كانوا يعزونه الخ . فهذا الضرر المرتد يخول من يصيبه — والغالب أن يكون وارثا لمن أصابه الضرر الأصلي — حقا في التعويض مستقلا عن حق المجنى عليه الأصلي يتميز عنه ولو اجتمع الحقان في يد وارث هذا الأخير بعد موته . فحق المجنى عليه الأصلي حق شخصي له ينقضى بتنازله عنه حال حياته ، فإن لم ينقض بذلك تخلف

عن صاحبه بعد موته ، وجاز لدائنيه أن يستوفوا منه حقوقهم والباقي منه بعد ذلك يؤول الى جميع الورثة حسب أنصبتهم الشرعية — وإذا طالب به أحد الورثة وحكم له كان في ذلك ممثلا لباقي الورثة واجبا عليه أن يقتسم معهم ما حكم له به ولم يجز لغيره من الورثة أن يطالب بهذا الحق مرة أخرى • أما حق التعويض عن الضرر المرتد على الوارث ، فحق شخصي يثبت لكل وارث ارتد عليه ضرر ، وأساسه هذا الضرر المرتد لا الضرر الأصلي وإن كان مصدرهما فعلا واحدا ، فيقاس بقدر هذا الضرر ولا تكون له صلة بالموث مطلقا ، فلا يتأثر بتنزله عنه حال حياته ، ولا يوجد في تركته بعد وفاته فلا يكون لدائنيه حق عليه ولا يقسم بين ورثته حسب الفريضة الشرعية ، وإذا طالب وارث بتعويض ما ارتد عليه من ضرر فإن هذا لا يمنع غيره من الورثة أن يطالب كل منهم بما ارتد عليه هو من ضرر آخر •

ولنعرض الآن مختلف الصور التي أشرنا إليها :

١ — الضرر المادي الذي يصيب المال مباشرة :

لا نزاع في أن الضرر المادي الذي يصيب الانسان في ماله يخوله حقا في التعويض يعتبر حقا ماليا يثبت في ذمته المالية ويبقى في تركته بعد وفاته مادام هو لم يستوف هذا الحق أو يتنازل عنه حال حياته ، وسواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته أم لم يطالب ، أم طالب ولما يحكم له • (مازو نبذة ١٩٠٣ ، سورد ج ١ نبذة ٥٣ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعي بك نبذة ٣٢٥ ، العميد القلبي بك في تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٠) •

٢ — الضرر المادي الذي يصيب المال من طريق إصابة الجسم :

أما الضرر المادي الذي يصيب الانسان في جسمه دون أن يودي بحياته ، فكانت محكمة السين في فرنسا قد حكمت في ٩ يونيو ١٨٧٩ بأنه

لا يخول المجنى عليه الا حقا شخصيا بحتا لا ينتقل من بعده الى ورثته .
غير أن لاييه Labbé صاحب التعليقات الشهيرة انتقد هذا الحكم وقال
بوجوب التفرقة بين الضرر المادى الذى يصيب الانسان فى جسمه وبين
الضرر الأدبى الذى ينشأ من مثل هذه الاصابة وبضرورة الاعتراف بأن
الحق فى تعويض الضرر الجسمى المادى ينتقل الى الورثة . وقد أجمع
الفقه والقضاء منذ ذلك الحين على الأخذ برأى لاييه فى هذا الشأن
(أنظر بيدان الطبعة الأولى ج ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ، نقض
فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٢) ، ولم يشذ عن هذا
الرأى سوى اسمان فى مقال له فى غازيت القضاء بتاريخ ٢٥ يونيه
١٩٣٥ عنوانه هل يجب التعويض للموتى ؟

٣ — الضرر الأدبى :

أما فيما يتعلق بالضرر الأدبى سواء أكان ايلاما يصيب الانسان فى
جسمه أو ايداا لمعاطفته أو مساسا بشرفه أو كرامته ، فقد كان حق
تعويضه محل جدال انتهى بتقريره . (مازو نبذة ٣١٢ وما بعدها ،
مصطفى مرعى بك نبذة ١٢٤) . غير أن طبيعة هذا الحق بقيت محل
خلاف الى الآن . فغال غريق بأن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى
حق شخصى بحت يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة
الانسان على تقدير المجنى عليه له ومطالبته به ، لذا توفي المجنى عليه
قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته
وأمتنع انتقاله الى ورثته (هيك ج ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان الطبعة الأولى
ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانيول وريبير ج ٢ نبذة
١٠٠٨ ، بلانيول وريبير واسمان المطول ج ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسين ريبير
فى رسالتها نبذة ١٣٠ ، سلفاتيه فى المسئولية المدنية ج ٢ نبذة ٦٢٢
و ٦٢٩ وتعليق فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠
رقم ٣٢ وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — ٢ — ٩ ، كولان وكليبتان ج ٢ نبذة
٢٥٣ ، ومن هذا الفريق فى مصر عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص

٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، وزميلنا الأستاذ حشمت أبو ستيت في الالتزامات من
٣٣١ نبذة ٤٦٧) .

وقد أخذ بهذا الرأي كل من المشرع الألماني (في المادة ٨٤٧)
والمشرع الأرجنتيني (في المادة ١١٣٣) ، كما جرت به أحكام المحاكم
المصرية والمحاكم الفرنسية الى عهد قريب (نقض فرنسي ٢ أغسطس
١٩٣٣ ١٩٣٣ سيري ١٩٣٣ - ١ - ٣٦٥ ، استئناف مختلط أول ديسمبر ١٩١٥
(٢٨ من ٣٧) الفنازيت ٦ - ٣٢ - ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ من
٢٧٩) ، بنى سوف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ الحاماة ٢ - ٣٦٢ -
١١٥) . غير أن محكمة الاستئناف المختلطة لم تكف بهذا القدر من
التضييق في انتقال حق المصاب الى ورثته ، وقررت انه لا يكفي لانتقال
حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب
أن يصبح هذا الحق مقبلاً قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائي واما باتفاق
بين الطرفين (استئناف مختلط ١٥ يونيو ١٩٣٨ (٥٠ من ٣٦٧) . وبهذا
التضييق أخذ مشروع تنقيح القانون المدني في صيغته الأولى (المادة
٢٣٨ فقرة أولى) ، ولكنه عدل عنه في صيغته التي عرضت على مجلس
النواب (المادة ٢٢٩ فقرة أولى) حيث اكتفى في انتقال حق التعويض عن
الضرر الأدبي الى الورثة بأن يكون هذا الحق قد تحدد بمقتضى اتفاق
أو طوبى به أمام القضاء .

غير أن هذا الرأي يعوزه السند القانوني وليس من الصعب
تفنيده . فالقائلون به يزعمون (أولاً) أن حق التعويض عن الضرر
الأدبي لا يدخل في ذمة المجنى عليه المالية إلا متى حصلت المطالبة به .
وهذا الزعم لا يتفق مع المبادئ العامة . فان من المسلم أن الحق في
التعويض - سواء في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي والتعويض عن
الضرر المادي - ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت وقوع هذا الفعل ،
فلا محل لتعليق نشوء الحق في تعويض الضرر الأدبي على المطالبة به .
فضلاً عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق ، لأنه اذا كان الحق لا يوجد

ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها تكون غير جائزة ، وبالتالي يستحيل نشوء هذا الحق .

وهم يدعون (أيضا) ان وفاة المجنى عليه دون أن يطالب بهذا الحق دليل على تنازله عنه ، ولكن يرد هذا الادعاء بأن التنازل لا يفرض ، وبأن سكوت المجنى عليه عن المطالبة لا يفيد حتما انه تنازل عن حقه ، بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى انه كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله في الاتفاق .

وهم يقولون (أخيرا) ان حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المجنى عليه فلا يجوز لغيره أن يباشره ، ويستدلون على ذلك بالمادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ التي تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التي تنشأ عن مشاركاته أو عن أى نوع من أنواع التعمدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه *sauf les actions purement personnelles* كما ورد في النص الفرنسي للقانون المصرى أو *à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* كما ورد في نص القانون الفرنسي . وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب ، لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية وأنه يتخلف عنه بعد وفاته فينتقل الى ورثته في ضمن محتويات تركته ، ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد في النص المشار اليه بشأن الدائنين ، لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه خلافا لدائنيه حال حياته .

لذلك قال فريق آخر بانتقال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم يتنازل عنه (لابييه في تعليقه في سبيري ١٨٨١ - ٢ - ٢١ ، لاكوست تعليق في سبيري ١٩٠٥ - ٢ - ٨١ ، سوردان ج ١ نبذة ٥٧ ، بودرى ويلارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران

في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٨ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Cuilhou في بحث له في تعويض الآلام الجسمية التي يتحملها المجنى عليه الذي يقضى نحبه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ ج ٢ ص ٣٦ من القسم الفقهي ، مازو نبذة ١٩٠٩ ، وتعليقاتهما في مجلة القانون المدني الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ ، وفي دالوز الانتقادي ١٩٤٣ - ١ - ٤٥) ، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩) وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية (أنظر الأحكام العديدة التي ذكرها بيرسون ودي غيليه ج ١ نبذة ٢١٢) ، كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين حديثين (باريس ٢٩ يناير ١٩٣٩ غازيت ، النساء ١٩٣١ - ١ - ٦٩٤ ، ١٥ يونيو ١٩٣٧ مشار اليه في مقال جيلهو سالف الذكر) ، وأقرته أخيراً محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٨ يناير ١٩٤٣ (دالوز الانتقادي ١٩٤٣ - ١ - ٤٥ وتعليق ليون مازو) (١) ، أي قبل صدور حكم النقض المصري محل هذا التعليق بعام واحد .

٤ - للضرر الذي يصيب الإنسان في حياته أو ضرر الموت (*) :

وإذا كانت نتيجة الفعل الضار القضاء على حياة المجنى عليه ، سواء أكان ذلك فوراً أم بعد فترة من الزمن ، نشأت صعوبة جديدة فيما يتعلق بثبوت حق للمجنى عليه في التعويض عن موته - فوق حقه في

(١) وهناك ملخص المبدأ الذي تقرر هذا الحكم :
(*) أنظر تعليقاتنا على الحكم في مسؤولية الناقل الجوي للركاب وخاصة

مسئوليته عن حدوث الموت ص ٥٥٥٠ .
«L'action en réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée, avant son décès, par la victime d'un accident mortel, née dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers, bien que le de cujus ne l'ait pas intentée de son vivant, dès lors qu'il n'a accompli aucun acte impliquant renonciation».

التعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية السابقة على الموت ان وجدت .
ومنشأ الصعوبة ان فقد الحياة — وهي أثمن شيء للانسان — يعتبر
أبلغ الأضرار التي تصيب الشخص وتستوجب التعويض ، ولكنه في
الوقت ذاته يقضى على شخصية الانسان وعلى صلاحيته لتعلق الحقوق
به . فكيف يمكن القول بأن موت المجنى عليه ينشئ له حقا في التعويض
عن فقد حياته ينتقل الى ورثته مع تركته ؟

اختلفت الشراح والمحكم في هذا الشأن اختلافا كبيرا .

فوقف فريق منهم عند هذه الصعوبة لا يجد لها حلا ، واضطر الى
التسليم بأن ليس للمجنى عليه ولا لتركته حق في التعويض عن موته
وليس لورثته أن يطالبوا الا بما أصابهم شخصا من أضرار بسبب موت
مورثهم (محكمة السين الفرنسية ٩ يناير ١٨٧٩ سبرى ٨١ — ٢ —
٢١ وتعليق لابييه ، تولوز ١٧ أبريل ١٩٠٢ سبرى ١٩٠٥ — ٣ — ٨١
وتعليق لأكوست ، باريس ١١ يولييه ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ —
٢ — ٦٥٠ ، باريس ٨ أبريل ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ — ٣٣٩ ،
جوسران في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ وعدة تعليقات في دالوز ١٩٢٩ — ٦ —
١٦١ ، ١٩٣٠ — ١ — ٢٥٠ ، ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ ، سافاتييه في المسؤولية
المدنية ج ١ ص ١٢٤ نبذة ٥٤٦ ، بيرسون ودنى غيليه في المسؤولية المدنية
ج ١ ص ٤٦٣ ، دابان Dabin في بحث منشور في مجلة بلجيكا
القضائية ١٩٣٥ ص ١٥ الى ص ٢٢ ، المبيد القلبي بك في تحقيق
الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٣ ، ريكول في دروسه في المسؤولية المدنية ،
القاهرة ، ١٩٢٨ — ١٩٢٩ ص ١٣٨) .

ويبرر هذا الفريق الأول رأيه بأن كل نفس ذائقة الموت ان أجلا
أو عاجلا فلا محل لطلب تعويض عن الموت في ذاته ، ولا سيما أن الميت
لا يحس شيئا ولا يخسر شيئا ، فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته
وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ولكن يمكن أن يرد ذلك بأن الموت ، وإن كان حقا على كل إنسان وإن كان لا يستوجب التعويض إذا وقع قضاء وقدرًا ، يستوجب ان حدث بفعل غافل ، إذ يكون الظاهر أن هذا الفعل قد استعجل الموت وقصر الحياة ، وبأنه لا يستساغ مطلقا القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئًا إذ الواقع أن الحياة هي أعلى ما يحرص عليه الإنسان ، لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى ، وإن فقدتها يعتبر شر المصائب لأنه — فوق الألم الجسمانى الذى يصاحبه — يحرم الإنسان كل متعة ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته ، وبأنه إذا كان صحيحا أن حق المجنى عليه فى تعويض هذه الضرارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت ، فإنه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق إنما هو الفعل الضار ، وأن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به ، ومتى كان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده الى ورثته . وبأن القول بغير ذلك يجعل مركز الجانى الذى يقضى على حياة ضحيته فوراً أفضل من مركز الذى يصيب المجنى عليه بأى أذى دون الموت ويعتبر تحريضا للجانى بأن يجهز على حياة ضحيته .

لذلك ذهب فريق كبير من الشراح الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له فى التعويض عن موته وبأن هذا الحق يتخلف عنه ويؤول الى ورثته . (فى هذا المعنى مازو ج ٢ نبذة ١٩١٢ و ١٩١٣ ، لابييه ولاكوست فى تعليقاتهما السابق الاشارة اليهما ، ديمولومب ج ٣١ نبذة ٦٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٦ مكسرر و ٥٧ ، فوستان هيلي ج ١ ص ٦٧٥ ، بوردى ويارد ج ٤ نبذة ٢٢٨٤ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٦ : لالو فى دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ص ٢٧ فى ضمن مقال عنوانه « ذوى الحق فى التعويض عن الحوادث المميتة » ، ديمير Demeur فى مجلة التأمين البلجيكية Bulletin des assurances ١٩٢٨ ص ١٠٢٩ ، بيريه Perret فى رسالته فى ذوى الحق فى

التعويض عن الحوادث الميئة باريس ١٩٣٣ ص ١٢١ ، مصطفى مرعى
بك نبذة (٣٢٥) •

فاذا رجعنا الى الوقائع التى فصلت فيها الأحكام السابقة التى
أشرنا اليها ، وجدنا هذه الأحكام جميعا — عدا حكمى الاستئناف المختلط
الأخيرين الصادرين فى سنة ١٩٣٨ — قد فصلت فى دعاوى تعويض عن
الموت • فأخذت هذه الأحكام فى شأن ذلك بالرأى القائل بعدم ثبوت حق
للمجنى عليه فى التعويض عن موته ورتبت على هذا الرأى كل نتائجه
القانونية فاعتبرت أن صفة الوراثة ليست بمفردها كافية للحكم
بالتعويض (استئناف ١٣ يناير ١٩١٤) ، وأن الوارث لا يستحق تعويضا
عن قتل مورثه الا اذا أثبت الضرر الذى أصابه شخصا بسبب فقد
مورثه (استئناف مصر ٢٥ فبراير ١٩٢٧ و ٣ يناير و ٧ فبراير ١٩٢٨
واستئناف مختلط أول يونيه و ٢١ نوفمبر ١٩٣٥) ، وأنه ليس لدائن
المجنى عليه أن يحجز على مبلغ التعويض الذى يحكم به لوارث مدينه
(مصر الابتدائية ١٠ ديسمبر ١٩٢٣) وأن التعويض الذى يحكم به بناء
على طلب بعض الورثة لا يعتبر تركة ولا يجب تقسيمه طبقا للأحكام
الشرعية (المجلس الحسبى العالى ٢ نوفمبر ١٩٢٤ ، واستئناف مختلط
٢٩ نوفمبر ١٩٢٣) •

أما حكما الاستئناف المختلط الصادران فى سنة ١٩٣٨ فقد كان
موضوعهما طلب التعويض ليس عن موت المجنى عليه بل عن الأضرار
الأدبية (كالألام الجسمانية) التى أصابت المجنى عليه قبل وفاته ،
فأخذت المحكمة فيهما بالرأى القائل بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى
لا ينتقل الى ورثة المجنى عليه (حكم ٤ مايو ١٩٣٨) أو لا ينتقل اليهم
الا بشرط صدور المطالبة به من المجنى عليه قبل وفاته ، بل غالت فى هذا
الرأى وجاوزته فلم تكف بمجرد صدور المطالبة قبل الوفاة ، واشترطت
أن يكون الحق قد تقرر قبل موت المجنى عليه (١٥ يونيه ١٩٣٨) •

أما الحادثة التى صدر فى شأنها حكم محكمة النقض محل هذا

التعليق فقد كانت حادثة ضرب سببت للمجنى عليه عاهة مستديمة ثم أعقبتها وفاة المجنى عليه لسبب لا يرجع الى الضرب . وقد كان هذا الفرق بين وقائع هذه الدعوى ووقائع الأحكام السابقة كافيا لتبني عليه المحكمة اختلاف الحكم (١) ، ولكن المحكمة لم تقف عنده ولم تشر الى ما يميز هذه الصورة عن غيرها من الصور ، ولم تقصر عليها ما قررتة - وكان خليقا بها أن تفعل ذلك - بل عميت القول بأن الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ولم تستثن من ذلك الا الجرائم التي تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه .

وقد قلنا انا نستبعد أن تكون المحكمة قد قصدت بهذا الاستثناء ما يفهم من ظاهر عبارتها ، أي قصره على جرائم الزنا ، وهي الجرائم التي تتوقف المحاكمة فيها عندنا على شكوى المجنى عليه .

ونرى أن الكشف عن حقيقة ما قصدته المحكمة بهذه العبارة يقتضى الرجوع الى معرض ورودها في الحكم . وهي قد وردت فيه في معرض الرد على طعن بنى على « أن المجنى عليه توفي قبل رفع الدعوى العمومية لسبب لا يرجع الى حادث الضرب ودون أن يدعى بحقوق مدنية ، فدخل والده مدعيا بحقوق مدنية وطلب الزام الطاعن بأن يدفع له مبلغ عشرين جنيها على سبيل التعويض ، فأجابته المحكمة الى هذا الطلب وحكمت له بالتعويض . وهذا خطأ لأن التعويض الذي ينشأ عن الضرب هو حق شخصي يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه دون أن يكون لأي شخص مهما كانت الصلة بينهما أن يطالب به . ولما كان المجنى عليه قد توفي قبل أن تظهر نيته في مقاضاة خصمه ومطالبته بالتعويض ، فلا يمكن لأحد من ورثته أن يطالب به » .

(١) هذا فوق أن محكمة الموضوع كانت قد أثبتت أن المدعى ، وهو والد المجنى عليه ، أصابه ولا شك ضرر من جراء الاعتداء الذي وقع على جسمه ولسده وتخللت عنه المساهمة ، هو ضرر حرمانه من عون المصائب ومساعدته فضلا عن الضرر الادبي الذي لحقه من ذلك الاعتداء وما أحس به من ألم وحزن (انظر المحللة ٢٦ ص ٥٦٧) .

ونلاحظ على عبارة هذا الطعن أن فيها مغالطة أو على الأقل خلطا ، فهي ترمى إلى اعتبار الحق في تعويض الضرر الناشئ عن ضرب سبب عاهة مستديمة حقا شخصيا تتوقف المطالبة به على إرادة المجنى عليه ويسقط بوقاة هذا الأخير دون أن يطالب به ، أى انها ترمى الى اعطاء هذا الحق حكم التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب الشخص فى احساسه أو فى عاطفته أو فى شرفه واعتباره دون أن يسبب له خسارة مالية ، فى حين أن العاهة المستديمة مسلم بأنها ضرر مادى ينشأ عنه حق فى التعويض يستحيل إلى مال يورث عن المضرور .

وكان يكفى الحكمة أن تكشف هذه المغالطة أو هذا الخلط وأن تبني على ذلك حكمها ، فيستقيم الحكم ويتحدد المبدأ . ويظهر أنها قد شعرت بذلك ، ولكنها لم تراع الدقة فى التعبير عنه ، فاثبتت لوالد المجنى عليه الحق فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصاب ابنه من الضرب باعتبار أن هذا الضرر قد استحال الى مال فى ذمة الابن ، وانتقل مع تركته الى أبيه بصفته وارثا ، مادام الابن لم يتنازل عن هذا الحق قبل وفاته ، ولكنها اذ ساقطت هذا الحكم رأت أن تقيده بما يعتبر ردا على الطعن المعروض عليها ، وقيدا على المبدأ الذى يستنبط من حكمها فقالت « ولما كانت الجريمة التى وقعت من الطاعن ليست من الجرائم التى تتوقف المحاكمة عليها على شكوى المجنى عليه » ، وهى بلا شك قد قصدت بذلك أن تقول : « ولما كان الضرر المطلوب تعويضه ليس من الأضرار التى يتوقف انتقال الحق فى طلب التعويض عنها الى ورثة المجنى عليه على صدور مطالبة من هذا الأخير قبل وفاته » ، مشيرة بذلك الى الأضرار الأدبية التى تصيب الشخص فى عاطفته أو احساسه أو شرفه واعتباره وإلى الرأى الذى أوردناه فى شأنها .

لذلك نرى أنه يستفاد من هذا الحكم أنه قرر أن الضرر المادى الذى يصيب المجنى عليه فى جسده قبل وفاته يستحيل الى مال فى ذمته ويورث عنه . وأنه — بالرغم من إirاده هذا المبدأ فى صيغة مطلقة جمعت

بين الضرر الأدبي والضرر المادى فى حكم واحد — اعتمد الرأى القائل بأن الحق فى التعويض عن الأضرار الأدبية ينتضى بوفاة المجنى عليه دون مطالبة ولا ينتقل الى الورثة ، وهو فى ذلك متفق مع قضاء محكمة الاستئناف المختلطة • أما الضرر الذى يصيب المجنى عليه بسبب قتله ، فلم يكن موضوع هذا الحكم ، ولم تتعرض له المحكمة من قريب ولا من بعيد ، وإن كان عموم عبارتها قد يشمل شمولاً غير مقصود •

تطبيق على حكم نقض جنائى بشأن تعويض الضرر الأدبى (*)

المبدأ القانونى :

ان القانون يسوى بين الضرر الأدبى والضرر المادى فى ايجاب التعويض للمضروب وترتيب حق الدعوى به • والضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال ، وحق المورث فى تعويض الضرر الأدبى والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءاً من تركته وتنتقل بوفاة الى ورثته مادام أنه لم يات ما يفيد نزوله عنه • واذا ادعى والد المجنى عليه مدنيا وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض فحكمت محكمة الدرجة الأولى له بتعويض ثم استأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة ، وتوفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحل محله فيه وارثاه فقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى المدنية لزوال الصفة — فانها تكون قد أخطأت •

تطبيق : قررت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) فى ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ فى القضية رقم ١٠٤٢ لسنة ٢٠ ق « أن القول بأن الدعوى المدنية المرغوة من ورثة المجنى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى ، تأسيساً على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته • أما القانون المصرى فانه لم يأخذ بذلك بل رأى

(*) ينشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ، العدد ١٢ ص ١٢٩ وما بعدها •

أن الحق في التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد تنازل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم اسقط للحقوق قانونا » (منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد ١٢ وفي المحاماة ٣٣ — ١٢٨٦ — ٣٥٤) .

وقررت بعد ذلك في الحكم المنشور أعلاه بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ « أن القانون يسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى في ايجاب التعويض للمضروور وترتيب حق الدعوى به . وأن الضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال ، وأن حق المورث في تعويض الضرر الأدبى والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاة الى ورثته مادام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه » (المحاماة ٣٣ — ١٣٥٤ — ٤٢٤) .

ويبدو من عبارات هذين الحكمين أنهما يقرران قاعدة عامة تقضى بانتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه في جميع الأحوال ، أى سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، لأن عبارة الحكم الأول وردت عامة غير مقصورة على الضرر المادى ، ولأن عبارة الحكم الثانى جاءت صريحة في المساواة بين الضرر المادى والضرر الأدبى .

ومن الواضح أنه لا عبرة في ذلك بما اشترطه كلا الحكمين من عدم نزول المضروور عن حقه في التعويض وعدم سقوط هذا الحق بالتقادم لأن هذين الشرطين ليسا خاصين بانتقال الحق في التعويض بل هما شرطان بدهيان يلزم تواغرها في انتقال أى حق من الحقوق ، فلا محل لاعتبارهما قيدين خاصين واردين على القاعدة التى يبدو أن الحكمين المذكورين يقررانها .

فهذه قصدت محكمتنا العليا حقا بهذين الحكمين تقرير انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه في جميع الأحوال دون قيد أو شرط وبغير تفرقة بين أنواع الضرر التى يستحق عنها التعويض ، أم توجد

في وقائع القضيتين اللتين أصدرت فيهما هذين الحكمين خصائص تبرر ما ذهبت اليه في شأنهما ويتمين تقييد القاعدة بها ؟

نرى أن ننبه أول الأمر الى أن اطلاق القاعدة التي يبدو أن الحكمين المذكورين يقررانها يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وما أخذ به التقنين المدني الجديد ، وأن نشر الى وجود غرور جوهري بين وقائع القضيتين يتعين معرفة ما يترتب عليها من أثر في اطلاق تلك القاعدة أو تقييدها .

يفرق الفقه والقضاء في شأن انتقال حق التعويض الى الورثة بين تعويض الضرر المادى وتعويض الضرر الأدبى .

والضرر المادى هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية ، وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة في ماله أى في حق من الحقوق التي تدخل في تقويم ثروته ، ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو يصيبه في سمعته اصابة تحول عنه عملاءه .

والضرر الأدبى هو الذى يصيب الانسان في جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية .

فالضرر المادى الذى يصيب المالك مباشرة يخول المضرور حقاً في التعويض يعتبر حقاً مالياً له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته ، سواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته ، أم لم يطالب ، أم طالب ولما يحكم له (في هذا المعنى مازو نبذة ١٩٠٤ ، سورداد ج ١ نبذة ٥٣ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعى بك نبذة ٣٢٥ ، القللى بك في تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٠) .

أما الضرر المادى الذى يصيب الانسان من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو في سمعته ، فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه

يخول المضرور حقا في التعويض ولكن هذا الحق يكون حقا شخصا بحتا لا ينتقل من بعده الى ورثته . غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضي تحت تأثير الفقيه لابييه Labbé وقررت أن الضرر المادى ، سواء أصاب المضرور في ماله مباشرة ، أم أصابه من طريق أصابته في جسمه أو في حريته أو في سمعته ، يخوله حقا في التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية وينتقل من بعده الى ورثته (أنظر بيدان الطبعة الأولى ج ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ، نقض فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ داللو ١٩٢٣ — ١ — ٥٢) .

أما غيما يتعلق بالضرر الأدبى سواء أكان ايلاما يصيب الانسان في جسمه أو ايداا لعاطفته أو مساسا بشرفه أو كرامته ، فقد كان حق تعريضه تعويضا ماليا محل خلاف ، اذ رفضت المحاكم التسليم به أول الأمر واستندت في ذلك الى أن الضرر الأدبى بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا يجبر بالتعويض المالى ، وأنه مما ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها ، وأن تقدير الضرر الأدبى يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم وأن تقويمه بالمال لا بد أن يكون تصكيميا فلا يمكن أن يحقق العدالة .

غير أن المحاكم عدلت عن ذلك غيما بعد ، حيث رأت أن التعويض المالى اذا كان لا يمحو الضرر الأدبى فانه يعطى المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر ، وأن صعوبة تقدير الضرر وتقويمه لا يجوز أن تكون سببا في عدم تعويضه ، وأن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب في الضرر من كل جزاء لمجرد أن الضرر أدبى .

وقد تغلب هذا النظر الأخير وانهقد عليه من زمن اجماع الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ، وقضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا . لأن التعويض المادى مهما قيه عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى — يساعد ولو بقدر

على تخفيف الألم عن نفس المضرور (نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٢ مرجع القضاء رقم ٥٣٩٩) .

غير أن هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الأدبي ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، فذهب فريق من الشراح والمحاكم الى أن هذا الحق شخصي بحيث يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله في ثروة الانسان على تقدير المضرور له ومطالبته به . فإذا توفي المضرور قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد في تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (هيك ج ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانيول وريبير الموجز ج ٢ نبذة ١٠٠٨ والطول ج ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسين ريبير في رسالتها نبذة ١٣٠ ، سلفاتيه في المسؤولية المدنية ج ٢ نبذة ٦٢٢ و ٦٢٩ وتعليق في مجلة القانون المدني الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٢ ، وآخر في دالوز ١٩٤٠ — ٢ — ٩ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٢٥٣ . عبد السلام ذهني بك في الالتزامات ص ٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، حشمت أبو ستيت بك في الالتزامات ص ٣٣١ نبذة ٤٦٧ ، استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩١٤ الغازيت ٤ — ٤٨٦ — ٢٠٤ ، أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٦٢ — ١١٥) . بل ذهب محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها الى حد القول بأنه لا يكفي لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طلب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقررا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائي واما باتفاق بين الطرفين [استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣١٧) ، ٢٧ نوفمبر ١٩٤٠ (٥٣ ص ٢٠)] .

غير أن هذا الرأي كان يعوزه في ظل التقنين المدنى الملغى السند القانونى ولم يكن من الصعب تنفيذه .

فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبي

لا يدخل في ذمة المضرور المالية الا متى حصلت المطالبة به . وهذا الزعم لا يتفق مع المبادئ العامة . اذ أنه من المسلم أن الحق في التعويض — سواء في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي والتعويض عن الضرر المادي — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت وقوع هذا الفعل ، خلا محل لتعليق نشوء الحق في تعويض الضرر الأدبي على المطالبة به ، فضلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها لا تصح قبل وجود الحق المطالب به . وبالتالي فان القول بذلك يؤدي الى الدور في حلقة مفرغة ويجعل نشوء الحق في التعويض مستحيلا .

وهم يدعون (أيضا) أن وفاة المضرور دون أن يطالب بهذا الحق دليل على تنازله عنه . ولكن يرد هذا بأن التنازل لا يفرض ، وبأن سكوت المضرور عن المطالبة لا يفيد حتما نزوله عن الحق ، بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى أنه كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض ، فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله في الاتفاق .

وهم يقولون (أخيرا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره ، وكانوا يستدلون على ذلك بالمادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ التي تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه *Sauf les actions purement personnelles* : كما ورد في النص الفرنسي للقانون المصري اللغوي أو *à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* كما ورد في نص القانون الفرنسي . وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب ، لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور لا يجوز لغيره أن يباشره حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية وأنه يتخلف عنه بعد وفاته

فينتقل الى وراثته في ضمن محتويات تركته ، ولا يسرى على الورثة
التحريم الوارد في النص المشار اليه بشأن الدائنين ، لأن أولئك يكملون
شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه خلافا ادائيه حال
حياته .

لذلك قال غريق آخر من الشراح بانتقال الحق الى الورثة دون
اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم يتنازل عنه
(لابييه في تعليقه في سيري ١٨٨١ - ٢ - ٢١ ، لاكوست تعليق في
سيري ١٩٠٥ - ٢ - ٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٧ ، بودري وبارد ج ٤
نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ ، ديموج ج ٤ نبذة
٥٣٨ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Guithou في بحث له في تعويض
الآلام الجسمية التي يتحملها المجنى عليه الذي يقضى نحبه ، غازيت
القضاء ١٩٣٧ ج ٢ ص ٣٦ من القسم الفقهي ، هنري وليون مازو نبذة
١٩٠٩ وتعليقاتهما في مجلة القانون المدني الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة
١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ وفي دالوز
الانتقادي ١٩٤٣ - ١ - ٤٥ وكتابنا في الفعل الضار سنة ١٩٤٨ ص
٢٩) • وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠
(نقض بلجيكي ٣٠ يونيه ١٩٣٠ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢ ص
١٠٥٩) ، وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية ، كما أخذت به محكمة
استئناف باريس في حكيم بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣١ و ١٥ يونيه ١٩٣٧ ثم
محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيه ١٩٤٣ (دالوز الانتقادي
١٩٤٣ - ١ - ٤٥ وتعليق ليون مازو) •

وقد يبدو من عبارات الحكمين محل هذا التعليق أنهما اتجها أيضا
هذا الاتجاه الأخير اذ قررا المساواة بين الضرر الأدبي والضرر المادى
من حيث ان الحق في التعويض عنهما ينشأ بمجرد وقوعهما ويعد جزءا
من تركة المورث وينتقل بوفاته الى وراثته • غير أن مخالفة هذا الاتجاه
ما استقر عليه الفقه والقضاء عندنا قبل ذلك تدعو الى التأمل والتريث

قبل التسليم بأن الحكمين المذكورين انما قصدا أن يذهبا في ذلك مذهباً جديداً ، وبخاصة اذا لوحظ أن المشرع قد أقر أخيراً مذهب الفقه والقضاء بأن نص في المادة ٢٢٢ فقرة أولى مدنى جديد على أن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

وبالتأمل في وقائع الحكمين المذكورين يتضح وجود غرور جوهريه بينها ، كما يتضح أن هذه الوقائع تجعل كلا الحكمين متفقين مع القضاء السابق وما أخذ به المشرع الجديد وبعيدين عن السير في الاتجاه الجديد الذى سلكته المحاكم البلجيكية والفرنسية منذ نحو ربع قرن .

فالحكم الأول قد فصل في التعويض عن ضرر جسمى مادى هو غقد المجنى عليه احدى عينيه . أما الحكم الثانى غقد فصل في التعويض عن ضرر أدبى بحث ، وكان ذلك الضرر لوعة أصابت والدا بسبب غقد ولده .

وقد تقدم أن الفقه والقضاء يسلمان بأن حق التعويض عن الضرر الجسمى المادى يثبت للمضروب بمجرد حدوث الضرر ويعتبر من ذلك الوقت جزءاً من ذمته المالية وينتقل منه الى ورثته مادام لم ينزل عنه قبل موته وسواء أكان المضروب قد طالب به قبل موته أم لم يطالب . ولذلك كان حكم ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ محل هذا التعليق متفقاً مع مذهب الفقه والقضاء في ذلك ، فهو قد قرر انتقال هذا الحق في التعويض الى الورثة بعد أن أثبت عدم تنازل المورث عن هذا الحق قبل وفاته ، اذ قال ان القانون المصرى يأخذ بانتقال حق التعويض الى الورثة « ما لم يتنازل المورث عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانوناً ، يضاف الى ذلك أنه في خصوص هذه الدعوى لم يقف الأمر عند عدم اثبات تنازل المورث عنها قبل وفاته ، بل أثبت الحكم أنه كان جاداً وراء الحصول على التعويض ، فتقدم بطلب للجنة المعافاة المختصة التى أعفته من الرسوم وندبت محامياً عنه لرفع الدعوى ... » .

ويلاحظ أن ما أورده الحكم من أن المورث كان قد قدم قبل وفاته طلبا للمعافاة لم يورده الا للتدليل على أن المورث لم ينزل عن هذا الحق قبل وفاته ، فلم تقصد المحكمة أن تجعل انتقال حق التعويض الى الورثة نتيجة لتقديم المورث طلب المعافاة المذكور ، وذلك أولا لأنه من المسلم أن حق التعويض عن الضرر الجسمي المادي ينتقل الى الورثة دون توقف على حصول المطالبة به من المورث قبل وفاته ، وثانيا لأن تقديم طلب للجنة المعافاة لا يعتبر مطالبة قضائية ولا يترتب عليه ما لهذه المطالبة من أثر .

أما في القضية التي فصل فيها حكم ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ ، والتي كان الضرر فيها ضررا أدبيا محضا ، هو عبارة عن لوعة أصابت الوالد بسبب فقدده ولده ، غيلاحظ أنه بالرغم من أن عبارات المحكمة تكاد تسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادي من جميع الوجوه ، فإن وقائع الدعوى كان فيها ما يبرر انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة وفقا لمذهب الفقه والقضاء الذي تقدمت الإشارة اليه فيما يتعلق بالضرر الأدبي ، ذلك أن المجنى عليه كان قد ادعى مدنيا أمام المحكمة الجنائية وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض ، فحكمت له محكمة الدرجة الأولى بتعويض ، فاستأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة ، ثم توفي المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحلت محله ورثته ، أى أن المضرور كان قد طالب قبل وفاته بتعويضه عن الضرر الأدبي الذي أصابه ولما يحكم له نهائيا بهذا التعويض ، فكان ذلك كافيا للقول بانتقال حقه في التعويض الى ورثته حتى عند القائلين بالتفرقة في ذلك بين التعويض عن الضرر المادي والتعويض عن الضرر الأدبي .

لذلك لا يصح في رأيي اعتبار ما قضى به هذا الحكم كافيا للقول بأن المحكمة رأت العدول عن التفرقة بين الضرر المادي والضرر الأدبي من حيث انتقال حق التعويض الى الورثة وعن تطبيق هذا الانتقال في حالة الضرر الأدبي على حصول المطالبة به قبل وفاة المضرور ، إذ لا يمكن

القول بذلك الا اذا صدر حكم يأخذ بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة في قضية لا يكون الضرر فيها قد طالب بهذا الحق قبل وفاته • ونحن نستبعد أن تأخذ المحاكم بذلك في القليل الباقي من القضايا التي يتعين الفصل فيها وفقا للتقنين المدني الملغى مادام التقنين المدني الجديد قد نص صراحة على تقييد انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بضرورة حصول الاتفاق عليه أو المطالبة به قبل وفاة المورث •

تطبيق على حكم من محكمة استئناف القاهرة في مسؤولية الناقل الجوي للركاب (*)

(اولا) حكم استئناف القاهرة ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ :

- ١ — طبيعة مسؤولية الناقل الجوي للركاب •
- ٢ — اثر شروط الازعان •
- ٣ — بدء سريان معاهدة فاروسوفى في مصر •
- ٤ — ثبوت الحق في التعويض عن الضرر الادبي وضرر الموت وانتقاله الى الورثة في ظل التقنين القديم والجديد •

أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكما بتاريخ ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ في القضيتين رقمى ٥٤٨ و ٩٠٥ (نشرته مجلة ادارة قضايا الحكومة س ١ عدد ٤ ص ١٩٦) وكانت وقائعهما تلخص فيما يلى :

في يوم ٢٣ يونيه ١٩٤٩ — أعنى في ظل التقنين المدني السابق —

(*) التعليق منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة العدد الثاني ص ١١١ الى ص ١٥٢ •

وصلت الى مطار القاهرة الدولي احدى طائرات شركة النقل الجوى الهولندية ثم غادرته فى اليوم ذاته بعد أن انضم الى ركبها بعض المصريين المسافرين الى بروكسل . وبينما هى تطلق فوق مدينة بارى بجنوب ايطاليا سقطت فى اليم وغرق جميع ركبها ولم يعرف ' ذاك سبب سقوطها . غير أن اللجنة الفنية التى شكلت فى المنطقة التى سقطت فيها الطائرة عملا بالمعاهدة الدولية التى تنظم النقل الجوى رجحت أن يكون سبب الحادث عطبا مفاجئا أصاب جهاز القيادة الأوتوماتيكي وغلب طاقم الطائرة فلم يستطع القيام بما يحول دون وقوع الحادث . وقد قام البرهان لدى الشركة قاطعا على خطورة استعمال هذا الجهاز قبل أن تتم تجارب تأمينه ، فأوقفت استعماله عقب الحادثة تلبية لتوصية اللجنة الفنية المذكورة كما منعت مصانع أوكد لبناء الطائرات بأمرىكا اذ ذاك استعماله .

طالب ورثة اثنين من ضحايا الحادث المصريين الشركة المذكورة بتعويض قدره خمسون ألف جنيه لكل فريق منهم وذلك مقابل الضرر المادى والأدبى الذى سببه الحادث لفقيده وما أصاب كلا من الورثة شسنيا من أضرار مادية وأدبية بسبب موت مورثهم . وبنوا مطالبتهم بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم على أساس المسؤولية العقدية باعتبار أن الشركة المدعى عليها مثلة بالتزامها العقدى بضمان سلامة الركاب . أما المطالبة بتعويض ما أصاب كلا منهم شخصا من أضرار فقد بنوها على أساس المسؤولية التقصيرية لانعدام الصلاقة العقدية بينهم وبين الشركة .

وقضت محكمة أول درجة للمدعين ببعض التعويض ، ولم تقبل الشركة المدعى عليها هذا الحكم فاستأنفته وبنّت استئنافها على عدة أسباب تلخص فى أنها ترى أن مسؤولية أمين نقل الركاب بوجه عام ليست عقدية ، وأنه حتى مع التسليم بأنها عقدية فإن ذلك لا ينطبق على مسؤولية الناقل الجوى للركاب لأن الأخطار التى يتعرض لها المسافر

في النقل الجوي مازالت متعددة وأن اللجنة الفنية قد انتهت من تقريرها الى أن العلة التي نشأ عنها ضياع الطائرة ترجع الى سبب غير معلوم مما تنتفي معه مسئولية الشركة وأن ما ذهب اليه الحكم المستأنف من أن هناك ضرراً مادياً وأدبياً سببه الحادث لفقيد كل فريق من المستأنف عليهم وأن هذا الضرر قد استحال في النهاية الى مال يورث عن الفقيد وقد دآل ذلك الحق الى المستأنف عليهم غير صحيح في القانون لأن الموت كان داهماً وغجائياً ولم يدع لضحاياهم فترة من الزمن طالعت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم وأن الشروط التي طبعتهما هي على تذكرة المسافرين طبقاً لنصوص معاهدة غارسوفي تقصر التعويض الذي يمنحه ضحايا حوادث نقل الركاب على مبلغ معين هو ما قضت به محكمة أول درجة .

وقد فصلت محكمة الاستئناف بحكمها المشار اليه في جميع أوجه الطعن المذكورة بتأييد وجهة نظر المحكمة الابتدائية وقررت في شأنها المبادئ التي لخصتها مجلة ادارة قضايا الحكومة فيما يلي :

(١) استقر القضاء ان الفرنسي والمصري بعد تردد ، على أن مسئولية أمين النقل عما يصيب الأشخاص ابان سفرهم مسئولية عقدية ، ذلك أن من أبرز التزامات أمين النقل التزاماً ضمناً بضمان سلامة الركاب وهو التزام استخلصه القضاء بتفسير ارادة المتعاقدين المشتركة .

ولا فرق في هذا الشأن بين النقل البرى والنقل الجوى . وتفرعاً على ذلك يكون خطأ أمين النقل ثابتاً بمجرد حصول حادث للراكب يمس سلامته ما لم يثبت أمين النقل أن الحادث يرجع الى قوة قاهرة أو حادث جبرى أو خطأ الراكب .

(٢) أن الشروط المطبوعة التي ترد في تذاكر السفر بحصر مسئولية أمين النقل في الأحوال التي يعزى فيها الحادث الى خطئه أو خطأ تابعيه بتحديد مقدار التعويض لا تغير من مسئوليته المستمدة من

القواعد العامة لأن مثل هذه الشروط التي لا تقبل المناقشة فيها ولا يسع
الراكب إلا أن يقبلها مادام راعياً في السفر تعتبر شروطاً اذاعية لا يعتد
بها القاضي .

(٣) لا تسرى في مصر أحكام معاهدة غارسوفي الدولية الخاصة
بأحوال المسؤولية عن النقل الجوي الدولي للركاب ومقدار التعويض
المبرمة في سنة ١٩٢٩ إلا من تاريخ انضمام مصر إليها في ٧ ديسمبر سنة
١٩٥٥ بموجب القانون ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ، على أن مؤدى أحكام هذه
المعاهدة هو افتراض الخطأ في جانب أمين النقل ما لم يثبت هو أن الحادث
لا يرجع إلى خطئه أو خطأ أحد تابعيه .

(٤) من المقرر في ظل التقنين المدني القديم أن حق المصاب في
التعويض يتحول إلى مال في حالة وفاته وينتقل إلى ورثته . والراجع
أنه لا مسأغ للفرقة بين الأحوال التي تقع فيها الوفاة عقب الحادث
مباشرة والأحوال التي لا تعقب فيها الوفاة الحادث فوراً لأن الوفاة مهما
كانت عاجلة فإنها لا تكون إلا بعد وقت من وقوع الفعل الضار وأن هذا
الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب
نتيجته ، وفي أثناء هذه اللحظة ينشأ حق المصاب في التعويض عن هذا
الحادث وينتقل من بعده إلى ورثته ضمن تركته . أما ما تضمنته المادة
٢٢٢ من التقنين الجديد من اشتراط أن يكون المورث قد طالب بهذا الحق
قبل وفاته أو أن يقر به المسؤول فهو حكم مستحدث لا يسرى إلا من ١٤
أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

التعليق :

١ - فيما يتعلق بطبيعة مسؤولية أمين نقل الركاب بوجه عام وأمين
النقل الجوي بصفة خاصة وكيفية دفع هذه المسؤولية :

قرر الحكم موضوع هذا التعليق أن مسؤولية أمين نقل الركاب

مسئولية عقدية وأنه لا فرق في هذا الشأن بين النقل البرى والنقل
الجوى .

وقد سبق لنا أن استعرضنا هذه المسألة وأحكام المحاكم في شأنها
في تعليق على حكم استئناف الاسكندرية الصادر في ٥ فبراير سنة
١٩٥٠ (١) وذلك في مجلة التشريع والقضاء س ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها
من قسم القضاء بينما فيه أن القضاء الفرنسى كان يطبق على ناقل
الركاب أحكام المسؤولية التقصيرية حتى سنة ١٩١١ حيث عدل عن ذلك
واطرد قضاؤه منذ تلك السنة على اعتبار مسؤولية أمين نقل الركاب
مسئولية عقدية وأن القضاء المصرى سبق القضاء الفرنسى في الأخذ
بالمسئولية العقدية في هذا الصدد ثم عدل عن ذلك بعد التحول الذى طرأ
على القضاء الفرنسى في سنة ١٩١١ فأخذ يعتبر هذه المسؤولية تقصيرية
ثم عاد القضاء المختلط منذ سنة ١٩٣٣ والقضاء الوطنى منذ سنة ١٩٤٠
الى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على حوادث نقل الركاب (٢)
واستمرت أحكام المحاكم على ذلك بعد صدور التقنين المدنى الجديد
الذى عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ولو أن أكثر هذه الأحكام
الحديثة قد صدر في وقائع حدثت في ظل التقنين المدنى القديم .

وكان أول هذه الأحكام الأخيرة حكم استئناف الاسكندرية بتاريخ
٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الذى تقدمت الاشارة اليه وقد علقنا عليه في حينه
فقلنا فيما يتعلق باسناد التزام أمين النقل بضمان سلامة الراكب الى
وجود اتفاق ضمنى على ذلك بين الطرفين أن الواقع أنه اذا كان يجوز

(١) احكامه ٣٠ - ٥٠١ - ٢٧٦ . راجع ما سيجىء في ص ٢٨٢ .
(٢) انظر فيما يتعلق بالقضاء المختلط محكمة مصر الجزئية المخططة
مارس ١٩٣٣ الغازيت ٢٥ - ٣٩ - ٥١ ، استئناف مخطط ٢٨ فبراير ١٩٣٥
: ٤٧ ص ١٧٦ . وفيما يتعلق بالقضاء الوطنى . اللبان الجزئية ١٣ مايو
سنة ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ - ١٩٥ - ١١٩ ، نقض جنائى ٨ ديسمبر ١٩٤١
المجموعة ٤٣ - ٦٨ - ٣٨ .

أن يفرض في الراكب انصراف نيته الى انشاء هذا الالتزام في ذمة متعهد النقل فانه لا يمكن افتراض مثل ذلك بالنسبة الى هذا المتعهد لأنه شخص يضع جهوده ومعداته تحت تصرف الركاب لنقلهم من مكان الى آخر دون قصد الالتزام بضمان سلامة الركاب من كل مكروه يصيبهم في أثناء النقل ، فالقول بأن عقد النقل يتضمن هذا الالتزام فيه تحميل العقد فوق ما يحتمل لأن رضا الطرفين لم ينمقد على هذا الالتزام وليس في وسع أحد غير المشرع أن يحمل العقد فوق ما يحمله العاقدان ، وبيننا أن القول بنشوء التزام عقدي في ذمة متعهد النقل بضمان سلامة الركاب يعوزه السند القانوني وأن محكمة الاستئناف عندما قررتها في حكمها المذكور انما أخذت به كما أخذت به من قبل محكمة النقض الفرنسية أي من قبيل السياسة القضائية التي يراد بها تحقيق مقتضيات العدالة ، ويكون حكمها بذلك مفهوما في ظل التقنين الملغى حيث لم تكن ثمت وسيلة أخرى لكفالة حق الراكب المصاب . أما في ظل التقنين المدني الجديد ، فان المادة ١٧٨ — التي تنص على مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه — تكفل للراكب المصاب حقه في التعويض دون حاجة الى اثبات خطأ متعهد النقل ولا الى الالتجاء الى قواعد المسؤولية العقدية من طريق تحميل عقد النقل التزاما لا يحتمله ، أعني التزام الناقل بضمان سلامة الراكب .

وختمنا ذلك التعليق بقولنا انه يهنا من ناحية التطبيق القانوني الصحيح أن لا يعتبر حكم محكمة استئناف الاسكندرية المذكور سوى خاتمة تطور هذه المسألة في ظل التقنين المدني الملغى بحيث لا يعتبر ما قضى به هذا الحكم مبدءاً قانونياً جديداً تسير عليه الأحكام اللاحقة التي ستصدر في شأن ما يحدث من وقائع في ظل التقنين المدني الجديد ، وتمنينا على المحاكم أن تعيد النظر في هذا الموضوع في ضوء أحكام هذا اللقنين دون تأثر بما قرره هذا القضاء السابق .

وقد صدر بعد ذلك حكمان من محكمة مصر الابتدائية فصلا في

واقعتين حدثتا أيضا في ظل التقنين المدني القديم وطبقا عليهما قواعد المسؤولية العقدية كما فعل حكم استئناف الاسكندرية الذى تقدمت الاشارة اليه ، أحدهما بتاريخ ١٣ مارس سنة ١٩٥١ فى حادثة قطار وقعت فى سنة ١٩٤١ (٣) والثانى بتاريخ ٢ يونيه سنة ١٩٥٢ فى الحادثة ذاتها التى صدر فى شأنها حكم استئناف الاسكندرية موضوع التعليق الحالى وهى سابقة على تاريخ العمل بالتقنين الجديد (٤) . وكذلك كان هذا الحكم الأخير صادرا فى واقعة حدثت فى سنة ١٩٤٩ أى قسلا

(٣) انظر المحللة ٣١ — ١٣٨٦ — ٣٩٣ .

(٤) صدر هذا الحكم فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ٥١ ق كلى مصر المرفوعة من ورثة المرحوم عبد اللطيف محرم ضد شركة النقل الجوى الهولندية الملكية (غير منشور) . وقد جاء فيه ان القضاء الفرنسى والبلجيكى والهولندى من ورائه قد رتبوا مسؤولية عقدية على متعهد نقل الاشخاص استخلصوها من شرط مفترض فى عقد النقل هو التزام أمين النقل بضمان سلامة الراكب أى أنه ملزم بموجب العقد او تذكرة السفر التى يتمسك المدعى عليه بشروطه ان يصل بالراكب الى المقر المتفق عليه سليما معافى من كل سوء ، وان اضطفوا فيها اذا كان هذا الالتزام التزاما بتحقيق غاية او التزاما ببذل عناية . فلذا اصاب الراكب ضرر كان أمين النقل مسئولا مسؤولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها الا باثبات السبب الاجنبى . . . وبكى المتعاقد المضرور التذليل على الرابطة التعاقدية القائمة بينه وبين المدعى عليه — وذلك أمر مسلم — ثم اقالة الدليل على ما أصابه من ضرر فى ظلها ، وذلك أمر مسلم ايضا . ولا تدفع المسؤولية عن المدعى عليه الا باقامة الدليل على ان الضرر المشكوك منه يرجع الى حادث فجائى او قوة قاهرة او الى ظرف غير مظهر ولا يد له فيه . ولا تفريق فى هذه الاحكام بين أمين النقل بالبر او بالبحر او بالجو ، لانه أصبح مستقرا فى الفقه والقضاء ان المسؤولية التعاقدية بخصائصها تمتد الى عقد النقل الجوى .

وبلاظن ان المحكمة اثبتت فى هذا الحكم وجود اتفاق على الاعفاء من المسؤولية اعتبرته اعفاء من المسؤولية العقدية بترتب عليه تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية كما اثبتت خطأ الشركة المدعى عليها فى استعمال جهاز القيادة الاوتوماتيكى قبل أن يقوم البرهان على سلامة التعويل عليه فضلا عن خطأ طاقم الطائرة فى عدم الانتباه لتصادى مثل هذا العطب المفاجئ الذى اصاب الجهاز المذكور ، واتما بناء على ذلك طبقت على الدعوى فى شقيها سواء فيما يتعلق بالتعويض المطلوب عن الضرر الذى اصاب المورث نفسه او فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الذى اصاب الورثة شخصا قواعدا المسؤولية التقصيرية واستبعدت بذلك تطبيق الاتفاق على تحديد المسؤولية بالمبلغ المتفق عليه وقدرت التعويض بقدر الضرر الواقع .

العمل بالتقنين الجديد ، فيصدق في شأن هذه الأحكام الثلاثة ما قلناه
عن حكم سنة ١٩٥٠ .

ولما عرضت على المحاكم حوادث نقل جديدة وقعت بعد صدور
التقنين الجديد ظلت المحاكم تحت تأثير الرأى السابق ولم تكلف نفسها
مؤونة اعادة النظر فخل في ضوء النصوص الجديدة بالرغم من تسليمها
بأن ذلك الرأى يعموزه السند القانونى فقالت محكمة استئناف
الاسكندرية في حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ « أنه من جهة
مسئولية الناقل ازاء الراكب أهى مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية .
فقد أصبح من المفروغ منه الآن أن هذه المسئولية هى مسئولية عقدية
ترتب على الناقل أن يوصل الراكب سليما . وكل ما على الراكب أن يثبت
هو أن الحادث وقع أثناء السفر دون أن يكلف اثبات سبب الحادث ولا
علاقته بالسفر ، وقد كان عقد النقل مجالا لتطبيق نظرية الضمان ، تلك
النظرية التى ابتدعها القضاء دون أن يكون لها أساس أصيل من
نصوص القانون ولا من نية المتعاقدين ، بل هى نظرية بريتورية
prétorienne ولكنها عادلة أرساها القضاء الى حد أنه اعتبر الناقل
متمهدا بنقل المسافر سليما والا اعتبر مسئولا مسئولية لا يرفعها عنه
الا أن يثبت أن الحادث يرجع الى خطأ غير متوقع من المسافر أو من
الغير أو يرجع الى قوة قاهرة لا تتصل بمهمات النقل .

» وحيث انه تأسيسا على هذا تكون مصلحة السكك الحديدية
مسئولة أصلا دون حاجة الى اثبات خطأ عليها ولكن مسئوليتها ترتفع
عن عاتقها اذا ما أثبتت من جانبها أن هناك قوة قاهرة أو فعلا من الغير
كان السبب المباشر في وقوع الحادث . . . » .

وظاهر من ذلك أن المحكمة قد سلمت تسليمها كاملا بالتضاء السابق
الذى نشأ في ظل التقنين القديم مع نعتها اياه بأنه قضاء بريتورى يقوم
على العدالة لا على نصوص القانون . وكان جديرا بها بعد أن نعتته بهذا
الوصف أن تعيد النظر فيه في ضوء أحكام القانون الجديد لعلها تجد فيها

نصا تبني عليه الحكم الذي أملتة العدالة على المحاكم فيما مضى ،
فتؤسس قضاء جديدا يكون له سند من القانون لا من مجرد العدالة
فحسب .

غير أنا نجد في وقائع القضية التي فصل فيها هذا الحكم ما يفسر
لنا مسلك المحكمة في عدم التدقيق في طبيعة مسئولية الناقل ، ذلك أن أهم
ثمرة عملية للفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وفقا
للنانون القديم هي التي تتعلق بعيب اثبات خطأ الناقل . فبينما قواعد
المسئولية العقدية لا تتطلب من الراكب المصاب اثبات الخطأ المعين الذي
وقع من الناقل وأدى الى حدوث الاصابة للراكب بل تلزم الناقل بأن يثبت
أن الاصابة المذكورة يرجع حدوثها الى سبب معين أجنبي عنه ؛ فان
قواعد المسئولية التقصيرية وفقا لذلك التفتين كانت في مثل هذه الحالة
تقضى بأن لا تقوم مسئولية الناقل الا اذا ثبت أنه تسبب بخطأ معين
منه في وقوع الحادث . وفي القضية التي فصل فيها حكم استئناف
الاسكندرية المشار اليه ثبت أن الحادث وقع بسبب أجولة ملائى بمواد
مفرقة أدخلها أحد الركاب معه في القطار وأخذ يلقي بها من النافذة
تباعا عند وصوله الى جهة معينة فألقى خمسة أجولة وقعت بعيدا عن
خط السكة الحديدية دون أن تنفجر ووقع السادس منها على شريط
السكة الحديدية تحت عجلات القطار فانفجر وأصاب القطار وركابه
بأضرار بالغة ، وتمسكت مصلحة السكة الحديدية بخطأ ذلك الراكب
باعتباره خطأ شخص أجنبي عنها تدفع به مسئوليتها ولكن المحكمة رأت
أن المصلحة المذكورة كانت تستطيع بشيء من الرقابة أن تمنع وقوع هذا
الخطأ من الراكب المشار اليه وأنها اذ قصرت في ذلك لا يعتبر خطأ
الراكب المذكور أجنيا عنها ولا يدفع مسئوليتها . وعندى أن ثبوت هذا
التقصير وحده من جانب المصلحة كان يكفي لمساءلتها ووفقا لقواعد
المسئولية التقصيرية طبقا للنانون القديم دون حاجة الى اللجوء الى
قواعد المسئولية العقدية . ولأن مساعلة المصلحة كانت ميسورة — سواء
وفقا للمسئولية التقصيرية أو وفقا للمسئولية العقدية — لم تجد المحكمة

مقتضيا قويا للتدقيق في تكييف مسؤولية الناقل في هذه القضية وتعين طبيعتها عقدية كانت أو تقصيرية ، فرددت دون حرج ما جرى به القضاء في ظل اللتقنين القديم مدفوعا برغبته في تحقيق العدالة . ولكنها لو أعادت بحث الموضوع من أساسه كان يحتمل أن تصل فيه الى نظـر آخر .

وكذلك الأمر فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها حكم آخر صدر من محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٠ مارس سنة ١٩٥٧ في حادث سقطت فيه احدى طائرات شركة مصر للطيران قرب طهران فقتل فيه أحد الركاب الذين استقلوا الطائرة المذكورة من بغداد ورفع ورثته دعوى التعويض على الشركة في مصر طالبوا فيها أولا بحق المجنى عليه في التعويض عن موته على أساس مسؤولية الشركة العقدية وثانيا بحقوقهم في التعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصا بسبب موته وذلك على أساس مسؤولية الشركة التقصيرية عن خطأ تابعها قائد الطائرة المنكوبة .

فكان يتعين على المحكمة فيما يتعلق بالشق الأول من الدعوى أن تدقق في تكييف مسؤولية الشركة قبل الراكب المضرور أهـى مسؤولية عقدية أم تقصيرية ولكن المحكمة لم يخامرها أى شك في ذلك حيث قررت في ثقة ويقين « أنه مما لا شك فيه أن الفقه والقضاء في مصر قد انعمـد رأيهما على أن المسؤولية الناشئة عن عقد النقل بريـا أو بحريا أو جويا انما هي مسؤولية عقدية ، كما أن الفقه الفرنسى يرى نفس الرأى » (وأشارت في ذلك الى موجز هنرى مازو في القانون المدنى طبعـة ١٩٥٥ والى حكم محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٣ مارس ١٩٥١ الذى تقدمت الاشارة اليه) ، ثم رتبت على ذلك مسؤولية الشركة بمجرد وقوع الحادث الذى أصيب فيه الراكب ، لأن ذلك يعد اخلالا بالتزام ضمان السلامة الناشئـة عن العقد موجبا لمسؤوليتها طالما أنها لم تقدم ما يدل على أن الحادث نشأ عن سبب أجنبى لا يد لها فيه واستطردت تقول « بل الثابت عكس ذلك اذ جاء بتقرير اللجنة الدولية أن الطيار قائد الطائرة المنكوبة

هو السبب المباشر للحادث لعدم استعماله وسائل الطيران بالأجهزة بل.
اعتمد في طيرانه على قواعد طيران الرؤيا وأنه لم يتبع أى خطة اقتراب
للهبوط باستعمال المناورات اللاسلكية الموجودة بالرغم من قربه للمنطقة
الجبلية الوعرة ورغم أحوال الطقس الرديئة التى كانت سائدة فى ذلك
الوقت فى مطار مهر آباد ٠٠٠ الخ » .

ويبين من ذلك أن هذا الحكم اذ فصل فى واقعة حدثت فى ظل
التقنين الجديد وقضى فيها باعتبار مسؤولية الناقل الجوى عن اصابة
الراكب مسؤولية عقدية كان فى ذلك — هو أيضا — متأثرا بالقضاء السابق
الذى تكون فى ظل القانون القديم ، ولم تكلف المحكمة فيه نفسها مؤونة
اعادة النظر فى تكييف هذه المسؤولية فى ضوء نصوص التقنين المدنى
الجديد التى حوت فى المادة ١٧٨ منه نصا يكفل التعويض للمصابين
فى مثل هذه الحوادث دون ارهاق عقد النقل والمسؤولية المترتبة عليه بما
لا يحتملانه من التزامات ومسئوليات ، وبخاصة لأن القضية التى فصلت
فيها كان خطأ الناقل الذى تتطلبه قواعد المسؤولية التقصيرية العادية
ثابتا فيها على الوجه الذى تقدم أن المحكمة بينته فى استطرادها سالف
الذكر ، فلم يكن من شأن التدقيق فى طبيعة المسؤولية ، عقدية كانت أو
تقصيرية ، أن يؤدى الى تغيير ما قضت به المحكمة من الزام الناقل
بالتعويض .

لذلك يبدو لنا أن هذه الأحكام الحديثة التى قررت أن مسؤولية
الناقل عن اصابة الراكب مسؤولية عقدية — بما فى ذلك الحكم موضوع
هذا التعليق والحكمان الآخران اللذان فصلا فى وقائع يسرى عليها
التقنين الجديد — لا تفيد أن هذا التكييف هو التكييف الصحيح الذى
يقوم على أساس من القانون ، وانما تدل فقط على أن المحاكم ظلت تسير
على القضاء السابق الذى كان مسلما أنه يعوزه السند القانونى وأنه
لا يقوم الا على أساس العدالة ، ولا تنفى ما سبق أن قررناه من أن
القانون الجديد قد أوجد فى المادة ١٧٨ سندا قانونيا لمسؤولية تقصيرية

تقوم ابتداء كما هو الشأن في المسؤولية العقدية ، أى دون حاجة الى قيام الراكب باثبات خطأ معين في مسلك الناقل ، وأن هذه الوسيلة التى استحدثها التقنين الجديد تكفى لتحقيق العدالة في حوادث نقل الركاب الى حد كبير على أساس القانون ، فيتمتع الأخذ بها بدلا من استمرار السير على ذلك القضاء البريتورى الذى اضطرت اليه المحاكم في ظل التقنين القديم لانعدام مثل هذه الوسيلة فيه لأنه متى وجد الأساس القانونى لحل معين كان هو أولى بالاتباع من مجرد الاستناد الى قواعد العدالة ولا سيما اذا كان هذا الاستناد الأخير يقتضى ارهاق الواقع الذى اتجهت اليه ارادة العقادين .

وليس هذا رأينا وحدنا بل سبقنا اليه كثير من أئمة الفقه الفرنسى (٥) . وقد اعترض عليه البعض بأن الاستناد الى قواعد المسؤولية عن الأشياء لا يكفى لحماية الراكب لأن هذه المسؤولية يشترط فيها أن ينتج الضرر عن تدخل ايجابى للشئ فلا تسعف المضرور اذا لم يكن الضرر ناجما عن مثل هذا التدخل ، ولأن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية يؤدى — في مجال المسؤولية عن فعل الغير — الى قصر مسؤولية الناقل على نطاق أعمال تابعيه وحدهم دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه من غير تابعيه (٦) .

غير أن هذا الاعتراض مردود بأن كلا من النظامين — نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية — له مزاياه ونقائصه . فإذا صح أن نظام المسؤولية التقصيرية يقصر عن حماية الراكب من

(٥) انظر جوسران في كتاب النقل الطبعة الثانية نبذة ٨٨٣ وما بعدها ، بران Brun في كتابه في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. والمصلة بينهما ، باريس سنة ١٩٣١ نبذة ١٨٥ وما بعدها والشرح السخني اشرار اليهم في ايلامش ، موران في كتابه عن ثورة القانون على التقنين من ٦٢ ، فريد مشرتى في أصول القانون التجارى المصرى ج ١ نبذة ٤٢٢ من ٥٢٧ — ٥٢٨ ، والمراجع الاخرى العديدة التى اشر اليها ثروت أنيس في هلمش من ١٤٦ من رسالته في مسؤولية الناقل الجوى . القاهرة سنة ١٩٥٩ .

(٦) في هذا المعنى ثروت أنيس في رسالته سالفة الذكر من ١٤٧ .

الناحيتين اللتين أبرزهما الرأى المعارض ، فان نظام المسؤولية العقدية يقصر هو أيضا عن حماية الراكب من حيث انه يجيز الاتفاق على الاعفاء من مسؤولية الناقل فيفقّد الراكب بذلك كل حماية ، وانه لا يخول المصاب تعويضا الا عن الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد فى حين أن نظام المسؤولية التقصيرية يكفل للراكب حماية أوفى لأنه لا يجيز شروط الاعفاء من المسؤولية ويخول المصاب تعويض جميع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة .

وليس المهم هو قدر المزايا التى يكفلها كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما ، وانما المهم هو الأساس القانونى الذى يسند تكييف المسؤولية مع كفالة القدر الكافى من الحماية للراكب . وقد توافر لدينا هذا الأساس فى المادة ١٧٨ من التقنين الجديد ، فأغنانا عن الالتجاء الى اوراق المقد والمسؤولية العقدية تحقيقا للمعادلة .

ونظرا للمزايا التى ينفرد بها كل من النظامين المذكورين ، فان الأهمية العملية للتدقيق فى تكييف مسؤولية أمين النقل عامة ، وأمين النقل الجوى خاصة ، واضحة كل الوضوح . لذلك نرجو أن يعرض الأمر فى وقت قريب على محكمة النقض فى احدى الصور التى تبرز فيها الأهمية العملية للفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية حتى تتاح الفرصة للمحكمة العليا أن تنتظر فى المسألة من أساسها وفى ضوء المبادئ القانونية السليمة والنصوص المعمول بها لتقول فى هذا الشأن كلمتها التى سيكون فيها فصل الخطاب (٧) .

(٧) وسيجىء فيما بعد من ٢٩٣ أن فرصة بحث هذه المسألة قد سحقت أخيرا لحكمة النقض ولكن المحكمة تجنبت هذا البحث بقوله انه حتى مع التسليم بأن مسؤولية المدعى عليه عقدية وليست تقصيرية فان ذلك لا يغير من الأمر شيئا مهما قد ثبت أن الحادث راجع الى سبب اجنبى ، ومبين فيما يلى أن : « اعتبرته المحكمة سببا اجنبيا نفتت على أسلمة المسؤولية التقصيرية لم يكن هو السبب الاجنبى بمعناه الفنى الذى يلزم توافره لدفع المسؤولية العقدية . فكان ثبوته لا يكتفى للقول بعدم المصلحة فى تكييف المسؤولية بأنها عقدية .

وبالاحاط أن جميع الأحكام التى تقدمت الإشارة إليها قد قررت أن مسؤولية أمين نقل الركاب المقدية تقوم بمجرد ثبوت الاصابة التى تعد اخلالا بالالتزام بالسلامة وأنه يجوز لأمين النقل دفعهما بأن يثبت أن الحادث وقع بسبب أجنبى عنه لا يد له غيه كلقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ الراكب أو خطأ شخص أجنبى وأن ذلك مطابق لاجماع الفقه والقضاء فى هذا الشأن وأن المقصود به هو اثبات السبب الأجنبى بمعناه اللغنى الدقيق كما سيجىء فيما بعد (٨) .

٢ — قيمة الشروط المطبوعة على تذاكر السفر بتحديد مسؤولية أمين النقل بمبلغ معين :

قال الحكم موضوع التعليق أن الشروط المطبوعة التى ترد فى تذاكر السفر بحصر مسؤولية أمين النقل فى الأحوال التى يعزى فيها الحادث الى خطئه أو خطأ تابعيه بتحديد مقدار التعويض لا تغير من مسؤوليته المستمدة من القواعد العامة لأن مثل هذه الشروط التى لا تقبل المناقشة فيها ولا يسع المراكب الا أن يقبلها مادام راغبا فى السفر تعتبر شروطا اذعانية لا يعتد بها القاضى .

وهذا القول على اطلاقه يوحى بأن المحكمة ترى أن جميع شروط الاذعان تقع باطله ولا يعتد بها بمجرد ثبوت هذه الصفة لها . ونعتقد أن هذا القول قد جاوز قصد المحكمة من حيث تعميمه لأن الأصل فى شروط الاذعان — سواء فى ظل التقنين الحالى حيث ورد فيه نص خاص

(٨) فى هذا المعنى من أحكام النقض الحديثة حكم نقض أول فبراير ١٩٨٣ فى الطعن ١٢٨٨ سنة ٤٨ ق قرر أن مسؤولية الناقل الجوى من الضرر الذى يقع فى حالة وفاة أو إصابة الراكب . مناطها أن يقع الحادث على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط واساسها خطأ مفترض من جانب الناقل لا يرتفع عنه الا اذا اثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو كان من المستحيل عليه اتخاذها (مادة ١٧ و ٢٢ من اتفاقية غارسوفى) .

بشأنها أو في ظل التقنين السابق الذى كان خاليا من مثل هذا النص — أنها صحيحة ويتم بها العقد وتترتب عليها آثارها كاملة الا اذا ثبت أن هذه الشروط تعسفية أو أن الطرف المذعن لم يعلم بها ولم يكن فى وسعه أن يعلم بها . ففى الحالة الأولى يجوز للقاضى تعديلها أو إبطالها ، وفى الثانية يجوز له أن يعتبرها غير موجودة أصلا لعدم انعقاد ارادة الماعدين المشتركة عليها (٩) .

يبين من ذلك أنه ما كان يكفى الحكم موضوع التعليق في عدم اعتداده بتلك الشروط المطبوعة على تذكرة السفر مجرد وصفها بأنها شروط اذعانية وكان يجب أن يبين وجه عدم الاعتداد بها سواء أكان ذلك لأنها تعسفية أم كان لأنها مطبوعة بأحرف صغيرة لا يستطيع القارئ تبين أهميتها أم لوجود شروط مخطوطة تنتقضها ... الخ .

ولو أن المحكمة كانت حاولت بيان ذلك ربما كان يتغير وجه الرأى عندها ويبين لها أن تلك الشروط كان فى وسع الراكب أن يعلم بها وأنها بعيدة عن التعسف .

وقد قضت غملا بصحة مثل هذه الشروط محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ١٩٥١ كلى مصر التى تقدمت الاشارة اليها حيث قررت أنه « لا يوجد مجال لتطبيق نظريات الاذعان على تذكرة السفر بالطائرة وهى عقد نقل اشترط الاعفاء من المسؤولية فيه وله أحكام خاصة فى الفقه والقضاء يغنى الطرفين والمحكمة عن الجدل فى اعتبار تذكرة السفر عقد اذعان ... » (١٠) .

(٩) راجع فى ذلك عبد المنعم الصدة فى عقود الاذعان ، رسالة من جامعة القاهرة ١٩٤٦ ، وكتابه فى مصادر الالتزام ص ١٠٨ وما يبعدها ، والسنهوري فى الوسيط ج ١ ص ٢٢٢ نبذة ١١٨ ، وكتابتنا فى نظرية العقد ١٩٥٦ نبذة ٩٣ ، والوفى ج ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ ص ١٨٢ .

(١٠) انظر فى ذلك نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ فى الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٢٥ فى مجموعة احكام النقض س ١١ ، ص ٢٢٠ ، رقم ٥٠ .

٢ — بدء سريان أحكام معاهدة فارسوفى الدولية فى مصر :

وضعت معاهدة فارسوفى الدولية الخاصة بأحوال المسؤولية عن النقل الجوى الدولى للركاب وتحديد مقدار التعويض الذى يستحق عن حوادث الطيران فى سنة ١٩٢٩ • ومن أهم أحكامها افتراض الخطأ فى جانب أمين النقل الجوى عند وقوع حادث لأحد الركاب الى أن يثبت هو أن الحادث لا يرجع الى خطأ منه أو من أحد تابعيه ، وكذلك تحديد مبلغ التعويض الذى يستحق عن وفاة الركاب بمائة وخمسة وعشرين ألف فرنك بوانكاريه وهو ما يساوى ٢٨٥٠ جنيه مصرى ، وقد ضُوعف هذا الحد الأعلى للتعويض فى بروتوكول لاهائ المعدل لاتفاقية فارسوفى المشار اليها بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٥٥ •

غير أنه من المسلم أن مثل هذه المعاهدة الدولية لا تلزم محاكم أى بلد بتطبيقها الا بناء على قانون يصدر باعتمادها والانضمام اليها ولم تعتمد مصر هذه المعاهدة ولم تتضمن اليها الا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمقتضى القانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ولم تعتمد بروتوكول لاهائ المعدل لها الا فى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ بمقتضى القانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، فلا تطبق المحاكم المصرية هذه المعاهدة فى الحالات التى يكون فيها القانون المصرى هو الواجب التطبيق الا على الحوادث التى تقع بعد ٧ ديسمبر ١٩٥٥ ولا تطبق أحكام البروتوكول المشار اليه الا على الحوادث التى تقع بعد ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ ، أما ما سبق ذلك من حوادث فتسرى عليه القواعد العامة للقانون المصرى سواء من حيث تكييف المسؤولية أو عبء اثبات الخطأ أو أسباب دفع المسؤولية أو شروط الاعفاء من المسؤولية أو تحديدها الخ • غلزم التنويه بذلك لأهميته (١١) •

(١١) انظر فى ذلك ثروت انيس فى مسؤولية الناقل الجوى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ ص ٦٨ وما بعدها •

٤ — انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته :

قررت المحكمة في هذا الحكم في صيغة عامة مطلقة أنه من المقرر في ظل التقنين المدني القديم أن حق المصاب في التعويض يتحول الى مال في حالة وفاته وينتقل الى ورثته ويستوى في ذلك أن يكون المصاب قد توفي فور الحادث الضار أو لم يمض الا بعد انقضاء مدة قصرت أو طالت من وقوع ذلك الحادث . ولم يفتها ملاحظة أن ما تقرر يخالف حكم المادة ٢٢٢ من التقنين الجديد الذي يقيد انتقال حق التعويض الى الورثة في بعض الحالات بشروط معينة فقالت : ان هذا الحكم الأخير مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ .

ومفاد ذلك أنها اعتبرت أن مبدأ انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته كان في ظل التقنين القديم مسلما على اطلاقه وأن التقنين الجديد هو الذي قصر تطبيق هذا المبدأ وقيده بشروط استحدثها .

والواقع أن الأمر بخلاف ذلك وأن فهمه على وجهه الصحيح يحتاج الى تفصيل يستند الى التفرقة بين الضرر المادى والضرر الأدبى ، لأن هذا القول الذى أرسلته المحكمة مطلقا لا يصدق الا على الضرر المادى . واذا خصص بذلك فانه لا يكون ثمت تعارض بينه وبين المادة ٢٢٢ مدنى جديد التى ورد نصها خاصا بالضرر الأدبى وحده وبالتالي لا محل لما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من القول بأن مضمون هذه المادة مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ .

ومن المسلم أن الضرر المادى هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة في ماله أى في حق من الحقوق التى تدخل في تقويم ثروته ، ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو يصيبه في سمعته اصابة تحول عنه عمله .

والنوع الأول يخول من يصيبه حقا في التعويض يعتبر حقا ماليا
يثبت له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته ، سواء أكان قد
طالب به وحكم له به قبل وفاته ، أم لم يطلب ، أم طالب ولما يحكم
له (١٢) .

أما النوع الثانى من الضرر المادى فقد قضت المحاكم الفرنسية
أول الأمر بأنه يخول المضرور حقا في التعويض ولكن هذا الحق يكون
حقا شخصيا يحق لا ينتقل من بعده الى ورثته . غير أنها عدلت عن ذلك
منذ أواخر القرن الماضى وقررت أن الضرر المادى بنوعيه أى سواء
أصاب المضرور فى ماله مباشرة أم أصابه عن طريق إصابته فى جسمه أو
فى حريته أو فى سمعته ، يخوله حقا في التعويض يعتبر عنصرا من عناصر
دفعته المالية وينتقل من بعده الى ورثته (١٣) .

والضرر الأدبى هو الذى يصيب الإنسان فى جسمه إصابة تسبب
له آلاما جسمانية أو يصيبه فى عاطفته أو فى شرفه أو فى كرامته بقطع
النظر عن أية خسارة مالية . وقد كان حق تعويضه تعويضا ماليا محصل
خلاف ، اذ رفضت المحاكم التسليم به أول الأمر واستندت فى ذلك الى
أن الضرر الأدبى بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا يجبر
بالتعويض المالى وأنه مما يناق المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص
شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى
من جراء اعتداء الغير عليها . وأن تقدير الضرر الأدبى يختلف باختلاف
الأشخاص والمحاكم وأن تقويمه بالمال لا بد أن يكون تحكما فلا يمكن
أن يحقق العدالة .

(١٢) فى هذا المعنى ملازو نبذة ١٩٠٢ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٣ ، ديبوج
ج ٤ نبذة ٥٢٩ ، مصطفى مرعى نبذة ٣٢٥ ، القللى فى تحقيق الجفائيات
الطبعة الاولى ص ١٢٠ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ نبذة ٥٧٢ .
(١٣) نقض فرنسى ١٠ ابريل ١٩٢٢ والوز ١٩٢٣ ١ - ٥٢ ، وفى
هذا المعنى بيدان الطبعة الاولى ج ٤ نبذة ١٢١٥ ، ملازو نبذة ١٩٠٨ .

غير أن المحاكم ما لبثت أن عدلت عن ذلك حيث رأت أن التعويض المالى اذا كان لا يمحو الضرر الأدبى فانه يعطى المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر وأن صعوبة تقدير الضرر وتقويمه لا يجوز أن تكون سببا فى عدم تعويضه وإن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب فى الضرر من كل جزاء لجرد أن الضرر أدبى (١٤) .

وقد تغلب هذا النظر الأخير وانهقد عليه من زمن غير قريب اجماع الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر وقضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادى — مهما قيل عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى — يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم عن نفس المضرور (١٥) .

غير أن هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الأدبى ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، فذهب فريق من الشراح والمحاكم الى أن هذا الحق حق شخصى بحث يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة الانسان على تقدير الضرر له ومطالبته به . فاذا توفى المضرور قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (١٦)

(١٤) انظر فى ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ١٢٦ وما بعدها .

(١٥) نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٢ مرجع القضاء رقم ٥٣٦٩ الحماية ١٣ — ٥٠٢ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ١ — ١ ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٤٦ ، انظر ايضا نقض جنائى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ الحماية ٣٢ — ١٣٥٤ ٤٢٤ التشريع والقضاء ٤ — ١٣٧ — ١١٢ ، وايضا ٢٥ مارس ١٩٠٥ المجموعة ٦ — ١٥٦ — ٧٥ ، ونقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٢٤١ — ٣٦ .

(١٦) هيك ج ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديوج ج ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانويل وريبير الموجز ج ٢ نبذة ١٠٠٨ والمطول ج ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسين ريبير فى رسالتهما عن تعويض الضرر سنة ١٩٣٣ نبذة ١٣٠ ، مسافتييه فى المسؤولية المدنية ج ٢ نبذة ٦٢٢ و ٦٢٩ وتطبيق فى مجلة القانون المحلى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٢ وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — =

بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها الى حصد القول بأنه لا يكفي لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقرا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائي واما باتفاق بين الطرفين (١٧) .

ولكن هذا الرأي كان يعوزه في ظل التقنين المدني الملغى السند القانوني ولم يكن من الصعب تفنيده .

فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبي لا يدخل في ذمة المضرور المالية الا متى حصلت المطالبة به . وهذا الزعم لا يتفق مع المبادئ العامة . اذ أنه من المسلم أن الحق في التعويض سواء في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي والتعويض عن الضرر المادي — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت تحقق الضرر منه أو صيرورته محقق الوقوع . فلا محل لتعليق نشوء الحق في تعويض الضرر الأدبي على حصول المطالبة به . فوق أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق . لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به فان وجوده يكون مستحيلا لعدم جواز المطالبة بأى حق قبل نشوئه .

وهم يدعون — أيضا — أن وفاة المضرور دون أن يطالب بهذا الحق دليل على تنازله عنه . ولكن هذه الدعوى مردودة بأن التنازل لا يفترض وبأن سكوت المضرور عن المطالبة لا يفيد حتما نزوله عن الحق بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى أنه

= ٢ — ٩ ، كولان وكليبتان ج ٢ نبذة ٢٥٤ ، عبد السلام ذهني في الالتزامات من ٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، حشبت أبو ستيت في الالتزامات الطبعة الاولى من ٣٣١ نبذة ٤٦٧ ، استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩١٤ الفازيت ٤ — ٤٨٦ — ٢٠٤ ، أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الفازيت ٦ — ٢٢ — ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ الحماية ٢ — ٣٦٢ — ١١٥ .

(١٧) استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩٢٨ (٥٠ ص ٣٦٧) ، ٢٧ نوفمبر

١٩٤٠ (٢٠ ص ٥٣) .

كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض فأدركته منيته
قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أملة في الاتفاق •

وهم يقولون — أخيرا — ان حق التعويض عن الضرر الأدبي حق
متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره • وكانوا يستدلون
على ذلك بالمادة ١٤١ أهلى ، ٢٠٢ مختلط ، ١٣٦٦ فرنسى التى تجيز
لدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو
عن أى نوع من أنواع التمهيدات عدا الدعاوى الخاصة بشخصه
saut les actions purement personnelles كما ورد فى النص الفرنسى
للتقنين المصرى المنفى أو à l'exception de ceux qui sont exclusivement
attachés à la personne كما ورد فى نص القانون الفرنسى •
وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب لأنه حتى مع التسليم بأن حق
التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور لا يجوز لغيره
أن يباشره حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود فى ذمة الشخص
المالية ، وأنه يتخلف عنه بعد وفاته ، فينتقل الى ورثته فى ضمن محتويات
تركته • ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد فى النص المشار اليه
بشأن الدائنين لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه فى
جميع حقوقه خلافا لدائنيه حال حياته •

لذلك قال غريق آخر من الشراح بانتقال الحق الى الورثة دون
اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم ينزل
عنه (١٨) •

(١٨) لابييه فى تعليقه فى سرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لكوست تطبيق
فى سرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٧ ، بومرى وبارد ج ٤
نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران فى كتيب النقل نبذة ١٩٢٢ ، ديوج ج ٤ نبذة ٢٨ ،
بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Guilhou فى بحث له فى تعويض الالام
الجسمية التى يتحملها المجنى عليه الذى يقضى نحبه ، غازيت القضاء ١٩٣٧
— ٢ — ٣٦ من القسم الفقهى ، هنرى وليون مازو نبذة ١٩٠٩ وتعليقاتها
فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢
نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ ، وفى دالوز الانتقلى ١٩٤٢ — ١ — ٤٥ ،
وكتلينا فى الفعل الضار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٩ •

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (١٩) وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية (١٩ مكرر) كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣١ (غازيت انقضاء ١٩٣١ - ١ - ٦٩٤) و ١٥ يونيو ١٩٣٧ (مثار اليه في مقال جيلهو سالف الذكر) ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيو ١٩٤٣ (٢٠) . أما المحاكم المصرية فلم تصل قط الى هذا الحد . بل وقفت عند حد الرأي السابق كما تقدم .

واذا رجعنا الى وقائع الحكم موضوع هذا التعليق وجدنا غيها
أن المدعين طالبوا بتعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى أصاب
مورثهم ، فحق مطالبتهم بتعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى أصاب
كلا منهم شخصيا . فإذا ألفينا الحكم يقول فى صيغة عامة مطلقة « انه
من المقرر فى ظل التقنين المدنى القديم أن حق المصاب فى التعويض
يتحول الى مال فى حالة وفاته وينتقل الى ورثته » ، تبادر الى الذهن أن
الحكم يقرر ذلك فى شأن تعويض كلا النوعين من الضرر متأثرا بوجود
ضرر مادى جسيم الى جانب الضرر الأدبى المطلوب تعويضه ، ولكن
الواقع أن المحكمة نظرت فى ذلك الى الضرر الأدبى على انفراد وقالت فى
شأنه « انه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق
شخصى يتصل بذات المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال
حياته ، فان ذلك لا ينفى عن هذا الحق صفته المالية ووجوده فى ذمة
صاحبه حال حياته وتخلفه عنه بعد موته فى ضمن تركته وانتقاله بالتالى
الى ورثته . وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة ١٩٤٣
الى أن هذا الحق ينتقل الى ورثة المجنى عليه ، كما ينتقل اليهم حقه فى
التعويض عن الضرر المادى مادام المجنى عليه لم ينزل عنه قبل وفاته ،

(١٩) نقض بلجيكي ٣٠ يونيو ١٩٣٠ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢

ص ١٠٥٩ .

(١٩) مكرر انظر الاحكام العديدة التى نكرها بيرسون ودى نيليه ج ١

نبذة ٢١٢ .

(٢٠) دالوز الانتقادي ١٩٤٣ - ١ - ٤٥ وتطبيق ليون ملازو .

وكانت محكمة النقض البلجيكية قد سبقتها الى ذلك منذ سنة ١٩٣٠ ، ولا تأبه المحكمة بتمسك الشركة المستأنفة بما تضمنته المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الجديد الذى عمل به من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ من اعتبار الحق عن التعويض الأدبى من نوع خاص لا تثبت له صفته المالية الا متى طالب به صاحبه أمام القضاء أو أقر به المسئول ، ذلك لأن هذا النص قد استحدثه المشرع المصرى فى التقنين الجديد ولم يكن له مقابل فى التشريع الملغى ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية بالدائرة الجنائية مبدأ انتقال حق الضرر فى التعويض بنوعيه الى ورثته ولو لم يطالب به قبل وفاته » • ولم يكن ثمت مانع يمنع المحكمة من السير فى هذا الاتجاه بعد أن تمحص الأمر وتنتهى منه الى الرأى الذى أشارت الى أن المحاكم الفرنسية والبلجيكية سبقتها اليه • ولكنها لم تفعل بل نسبت هذا الرأى الى القضاء المصرى السابق واعتبرته مقررًا فى ظل التقنين القديم واكتفت بترديده على هذا الأساس مع أننا قد بينا أن القضاء المصرى لم يكن وصل ولم يصل قط الى هذا الرأى •

أما حكم النقض المصرى الذى استند اليه الحكم موضوع هذا التعليق فهو الحكم الصادر من الدائرة الجنائية فى ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١٠٤٢ سنة ٢٠ ق ، وقد جاء فيه « أن القول بأن الدعوى المرغوة من ورثة المجنى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى تأسيسا على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته • أما القانون المصرى فانه لم يأخذ بذلك بل رأى أن الحق فى التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد تنازل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانونا » (٢١) •

وقد سبق أن علقنا عليه فى حينه (٢٢) وأوضحنا أنه لا عبرة بما اشترطه من عدم نزول الضرر عن حقه فى التعويض ومن عدم سقوط هذا الحق بالتقادم لأن هذين الشرطين ليسا خاصين بانتقال الحق فى

(٢١) المحللة ٣٢ — ١٣٨٦ — ٣٥٤ •

(٢٢) مجلة التشريع والقضاء ٤ — ١٣٧ نقض جنائى وما بعدها ، انظر

ما تقدم فى ص ٢٤٠ وما بعدها •

التعويض بل هما شرطان بدهيان يلزم توافرها في انتقال أى من الحقوق ، فلا محل لاعتبارهما قيدين خاصين واردين على القاعدة التى يبدو أن الحكم المذكور يقررها في صيغته العامة المطلقة .

كما أوضحنا من جهة أخرى أن هذا التعميم أو الاطلاق قد جاوز قصد المحكمة ، وأنه على كل حال لا يمسدو أن يكون تقيدا منها لا يصح اعتباره تقريراً لمبدأ لأن وقائع القضية التى كاتت معروضة عليها لم تكن تقتضيه حيث كان الأمر يتعلق بالمطالبة بتعويض عن ضرر جسمى هو فقد الجنى عليه إحدى عينيه أى أحداث عاهة مستديمة به تنقص قدرته على الكسب ، وبالتالي تعتبر ضرراً مادياً يصدق عليه ما قرره الحكم من انتقال الحق في تعويضه الى الورثة دون قيد أو شرط لا مجرد ضرر أدبى .

وكذلك الحال في حكم سابق قررت فيه محكمة النقض بتاريخ ١٤ مارس ١٩٤٤ أنه « اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه غلwald المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائمها لأن من حقه بصفته وارثاً له أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه على اعتبار أن هذا الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في التعويض فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض (٢٣) » .

وقد علقنا على هذا الحكم أيضاً في حينه وبيننا أن المقصود بما قرره هو التعويض عن الضرر المادى فقط لأن موضوع القضية كان كما في حكم ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ تعويضاً عن ضرب سبب عاهة مستديمة ، أما التعويض عن الضرر الأدبى البحت فلم يكن له محل في تلك القضية ولم

يكن للمحكمة أن تعوض له مطلقا ولا أن تقرّر بشأنه مبدأ : فكان ذكره في عبارتها تريدا غير مقصود ولا يجوز التعويل عليه (٢٤) .

وقد قررت محكمة النقض مثل ذلك أيضا بشأن ضرر أدبي بحت في حكم صدر من دائرتها الجنائية بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ قررت فيه أن القتلون يسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى في إيجاب التعويض للمضروب وترتيب حق الدعوى به . وأن الضرر الأدبي متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال وأن حق المورث في تعويض الضرر الأدبي والدعوى به هو من الحقوق المالية التي تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاة إلى ورثته مادام أنه لم يات ما يفيد نزوله عنه (٢٥) .

وقد علقنا على هذا الحكم أيضا في حينه وبيننا أنه وإن كان موضوع الدعوى ضرا أدبيا بحتا خلافا لموضوع الحكمين السابقين . وهو عبارة عن لوعة أصابت الوالد بسبب فقد ولده . وبالرغم من أن عبارات المحكمة يبدو أنها تسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى من جميع الوجوه فإنه لا يمكن الأخذ بهذه العبارات على إطلاقها لأن وقائع الدعوى كان فيها ما يبرر انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة وفقا لمذهب القضاء المصرى الذى تقدمت الإشارة إليه فيما يتماق بالضرر الأدبي . ذلك أن المجنى عليه كان قد ادعى مدنيا أمام المحكمة الجنائية وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض . فقصت له محكمة أول درجة بتعويض غاستأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة . ثم توفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحلت محله ورثته أى أن المضروب كان قد طالب قبل وفاته بتعويضه عن الضرر الأدبي الذى أصابه ولما يحكم له نهائيا بهذا التعويض فكان ذلك كافيا للقول باننتقال

(٢٤) انظر تعليقاتنا على هذا الحكم في مجلة القانون والاقتصاد س ١٨

العدد الأول .

(٢٥) المحللة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤ .

حقه في التعويض حتى عند القائلين بالتفرقة في ذلك بين التعويض عن الضرر المادي والتعويض عن الضرر الأدبي ، وخلصنا من ذلك الى أن ما قضى به هذا الحكم بالرغم من عموم عبارته ليس كافيا للقول بأن المحكمة رأت العدول عن التفرقة بين الضرر المادي والضرر الأدبي من حيث انتقال حق التعويض الى الورثة وعن تعليق هذا الانتقال في حالة الضرر الأدبي على حصول المطالبة به قبل وفاة المضرور ، اذ لا يمكن القول بذلك الا اذا صدر حكم يأخذ بانتقال الحق في التعويض عن ضرر أدبي بحث الى الورثة في قضية لا يكون المضرور فيها قد طالب بهذا الحق قبل وفاته أو اصطلح عليه (٢٦) .

ولأن مثل هذا الحكم لم يصدر الى الآن فيما نعلم فانه لا يمكن التسليم بما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من أنه من المقرر في ظل التقنين القديم أن حق المصاب في التعويض عن الضرر الأدبي البحث ينتقل الى ورثته دون قيد أو شرط خلافا لما أخذ به التقنين الجديد من تقييد ذلك بشرط المطالبة بهذا الحق أو الاتفاق بشأنه قبل موت المصاب ، وبالتالي لا ينبغي اعتبار حكم التقنين الجديد في هذا الشأن حكما مستحدثا لا يسرى الا على ما يقع من وقائع ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ لأن الواقع أن هذا الحكم لم يكن الا تقنيًا للقضاء السابق وقد أشارت الى ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث قالت ان حكم المادة ٢٣٨ غقرة أولى من ذلك المشروع (وهى التى أصبحت المادة ٢٢٢ غقرة أولى من القانون) مطابق لأحكام محكمة الاستئناف المختلطة الصادرة بتاريخ ١٥ يونيه ١٩٣٨ وأول يونيه ١٩٣٥ و ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ (٢٧) .

ويظهر أن ما حدا الحكم موضوع هذا التعليق الى القول بهذا الرأى الذى شعرت المحكمة بعدالته هو أنه قد رسخ في ذهنها أن ضرر الموت

(٢٦) انظر تعليقنا على هذا الحكم في مجلة التشريع والقضاء ٤ من ١٣٧ من قسم النقض الجنائى وما بعدها . راجع ما تقدم في ص ٢٤١ وما بعدها .

(٢٧) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ هـ ص ٣٩١ .

ضرر أدبي في حين أنها لو اعتبرت ما فيه من ضرر مادي ما احتاجت الى مخالفة القضاء السابق أو الى أن تنسب اليه مذهباً غير مذهبه .

• — ضرر الموت — طبيعته وانتقال الحق في التعويض عنه الى الورثة :

جاء في الحكم موضوع هذا التعليق أن حق المصاب في التعويض يتحول الى مال في حالة وفاة الأخير وينتقل الى ورثته ، وأن الراجع أنه لا مساع للفرقة بين الأحوال التي تقع فيها الوفاة عقب الحادث مباشرة والأحوال التي لا تعقب فيها الوفاة الحادث .

وهذا القول بدهى فيما يتعلق بالأضرار التي تلحق المصاب حال حياته بحيث يستحق عنها تعويضا ، مع التحفظ الذي تقدم فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي إذ أن هذا الأخير لا ينتقل الى الورثة وفقا لنص المادة ٢٢٢ فقرة أولى مدني جديد والقضاء السابق على صدور التقنين الجديد الا اذا كان المصاب قد طالب به أو اتفق بشأنه قبل موته .

أما تطبيق هذا القول على الضرر الذي يصيب المرء من جراء موته ، وهو ما نسميه ضرر الموت ، فيثير عدة مسائل أولية : أيعتبر من تسبب في موت انسان أنه أحدث به ضررا ؟ وإذا كان ينشأ عن الموت ضرر لمن يموت أيرتب عليه نشوء حق في تعويض ؟ وهل يعتبر هذا التعويض تعويضا عن ضرر مادي بحيث ينتقل الحق فيه الى الورثة دون قيد أو شرط ؟ أم يعتبر تعويضا عن ضرر أدبي فيمتنع وفقا للقانون المصري انتقال الحق فيه الى الورثة لاستحالة المطالبة به أو الاتفاق عليه قبل موت المصاب ؟

ان عبارات الحكم موضوع هذا التعليق لم تتناول هذه المسائل الا من بعيد ويبدو أنها تفيد أن الموت ضرر يرتب في ذمة الميت قبل أن يموت حتى في التعويض وأن هذا الحق ينتقل من بعده الى ورثته .

ولا جدال في أن الموت يلحق بمن يحل به ضرا • فإذا كان الموت
مزعجيا فلا مسئولية فيه على أحد • أما أن حدث بفعل فاعل كان هذا
"فاعلا مسئولا عنه (٢٨) •

ولكن كيف تكون المسئولية المدنية عن ضرر الموت ، وفي ذمة من
ينشأ الحق في التعويض الذي يقابل هذه المسئولية ؟ إذا قلنا انه ينشأ
في ذمة المصاب قبل أن يموت فكأننا نجيز نشوء الحق في التعويض من
قبل تحقق الضرر مع أن تحققه شرط لثبوت الحق في التعويض • وإذا
قلنا انه لا ينشأ الا عند تحقق ذلك الضرر أى عند تحقق الموت قامت
دون ذلك عقبة وهي أنه بالموت تفتى شخصية الانسان وتغرب ذمته
المالية وتتعدم صلاحيتها لتعلق الحقوق بها ، فنضطر الى القول بأن هذا
الضرر لا ينشئ حقا في تعويض •

اختلفت الشراح والمحاكم في هذا الشأن اختلافا كبيرا •

فوقف فريق منهم عند هذه الصعوبة لا يجد لها حلا ، واضطر الى
التسليم بأن ليس للمجنى عليه ولا لتركته حق في التعويض عن موته
وليس لورثته أن يطالبوا الا بما أصابهم شخصا من أضرار بسبب موت
مورثهم (٢٩) • ويبرر هذا الفريق الأول رايه بأن كل نفس ذائقة الموت

(٢٨) مصر الابتدائية ٢٠ مارس ١٩٥٧ المحللة ٣٧ - ١٣١٦ -

٥٥٨ •

(٢٩) جوسران في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ وعدة تعليقات في دالوز ٩٢٩ -
١ - ١٦١ ، ١٩٣٠ - ١ - ٢٥٠ ، ١٩٣٣ - ١ - ١٣٧ ، بيرسون ودى
نبيه في المسئولية المدنية ج ١ ص ٤٦٣ ، دابان في بحث منشور في مجلة
ملجىكا القضائية ١٩٣٥ ص ١٥ الى ص ٢٢ ، جاردينا وريتشى في المسئولية
المدنية ص ٣٥ نبذة ١٢٧ و ١٢٨ ، ريكول في دروسه في المسئولية المدنية
لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٢٩ ص ١٣٨ ، محكمة السين الفرنسية ٩ يناير
١٨٧٩ سرى ١٨٨١ - ٢ - ٢١ وتطبيق لاييه ، تولوز ١٧ أبريل ١٩٠٢ سرى
١٩٠٥ - ٢ - ٨١ وتطبيق لاييه ، باريس ١١ يوليه ١٩٢٨ غازيت القضاء
١٩٢٨ - ٢ - ٦٥٠ ، باريس ٨ أبريل ١٩٣٥ دالوز الاسبوعى ١٩٣٥ -
٤٤٩ ، وفي الفقه المصرى القلى في تحقيق الجنائيات الطبعة الثالثة سنة =

ان آجلا أو عاجلا ، فلا محل لطلب تعويض عن الموت في ذاته ، ولا سيما ان الميت لا يحس شيئا ولا يخسر شيئا ، فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ولكن هذا القول مردود (أولا) ، بأن الموت ، وإن كان حقا على كل انسان ، وإن كان لا يستوجب التعويض اذا وقع قضاء وقدر ، يستوجب ان حدث بخطأ مسئول ، اذ يكون الظاهر أن هذا الفعل قد استعجل الموت وقصر الحياة ، و (ثانيا) ، بأنه لا يستساغ مطلقا القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هي أغلى ما يحرص عليه الانسان لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى ، وإن فقدوها يعتبر شر المصائب لأنه — فوق الألم الجسمانى والنفسانى الذى يصاحبه — يحرم الانسان كل متعة ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته ، و (ثالثا) بأنه اذا كان صحيحا أن حق المجنى عليه في تعويض هذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت فإنه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار وأن الفعل الضار لا يكتمل وجوده الا بتحقيق الضرر منه وإن تحقق الضرر يكون اما بوقوعه فعلا واما بصيرورته محقق الوقوع مستقبلا (٣٠) ، وأن الفعل الذى يسبب الموت لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجه ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال سالما لتعلق حق التعويض به عن كل الأضرار المحققة التى نشأت من هذا الفعل الضار والتى تنشأ عنه فيما بعد طالما أنها تعتبر نتيجة مباشرة له ، فينشأ الحق في التعويض عن الموت قبل أن يموت المجنى عليه فعلا ومن الوقت الذى يصير فيه محققا أن الاصابة ستفنى لا محالة الى موته ، ولا ينشأ في الحالة التى تقتصر فيها

= ١٩٤٥ ص ١٣٥ ، محمود مصطفى في شرح قانون الاجراءات الجنائية الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ ص ١٥١ نبذة ١٢٩ .
(٢٠) في هذا المعنى نقض معنى ١١ يناير ١٩٨٤ في الطعن رقم ٨٩٠ لسنة ٥٠ ق ، وايضا ٢٠ مارس ١٩٨٤ في الطعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٤٩ ق .

الاصابة على جعل الموت محتمل الوقوع فحسب الا من الوقت الذى يزول فيه الشك ويصير فيه الموت محقق الوقوع . ولا بد أن يصير الموت محقق الوقوع قبل حدوثه ولو بلحظة واحدة . ففى هذه اللحظة ينشأ الحق فى التعويض ويكون نشوءه سابقا على حدوث الموت وعلى غناء شخصية المجنى عليه .

لذلك ذهب فريق كبير من الشراح الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له فى التعويض عن موته ، وبأن هذا الحق ينشأ فى ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة ولو أدى الفعل الضار الى الوفاة فوراً ، لأن الموت مادام نتيجة للفعل الضار فلا بد من أن يكون السبب قد تقدم المسبب وأن يكون نشوء الحق فى التعويض سابقا بالتالى على حصول الوفاة ، وأن يتخلف هذا الحق عن المجنى عليه بعد موته ويؤول الى ورثته (٣١) .

وكذلك انقسمت المحاكم الفرنسية والمصرية فى هذا الشأن ، فأخذت الكثرة بالرأى الأول والثقة بالرأى الثانى (٣٢) .

ومن الأحكام المصرية الحديثة التى أخذت بالرأى الأول حكم

(٣١) ديولومب ج ٣١ نبذة ٦٨١ ، لابييه فى تطبيق له فى مسرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لوكوست فى تطبيق له فى مسرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٦ مكرر ونبذة ٥٧ ، فوستان هيلي ج ١ ص ٦٧٥ ، بودرى لكانتيزى وبارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٦ ، لالو فى دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٢٧ فى ضمن مقال عنوانه « ذوو الحق فى التعويض عن الحوادث الميئة » ، ديمير Dement فى مجلة التأمين البلجيكية Bulletin des assurances ١٩٢٨ ص ١٠٢٩ ، بيسريه Perret فى رسالته فى ذوى الحق فى التعويض عن الحوادث الميئة ، باريس ١٩٣٣ ص ١٢١ ، مازو ج ٢ نبذة ١٩١٢ و ١٩١٣ ، سافاتييه الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ٥٤٣ ص ١٢٢ ، مصطفى مرعى نبذة ٣٢٥ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ ص ٩١٨ هابش ٣ وتعليقنا فى مجلة القانون والاقتصاد ص ١٨ عدد مارس ١٩٤٨ . .

(٣٢) انظر فى ذلك الاحكام الفرنسية والمصرية التى اشرنا اليها فى دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ١٤٧ .

استئناف القاهرة في ٢٦ أبريل ١٩٥٣ في قضية الطيار المرحوم شريح طلعت ضد شركة مصر للطيران التي تلخص وقائعها في أن الطائرة احترقت في الجو وسقطت غمات الطيار لتوه ، وطلب والده الشركة بالتعويض الذي استحق لولده الذي قضى نحبه في هذا الحادث باعتبارها مسئولة مسئولية عقدية عن سلامة طيارها الذي كان متعاقدا معها على قيادة طائراتها وباعتباره هو قد ورث عن ولده الفقيد هذا الحق .
وبتعويض آخر عما أصابه شخصا من لوعة وألم بسبب فقد ولده فقالت المحكمة فيما يتعلق بالطلب الأول ما يأتي :

« فحيث ان ما ذهب اليه والد الطيار في خصوص هذا الطلب لا تقره هذه المحكمة عليه ولا تأخذ به لأن الحق الذي يورث لأبد وأن يكون ثابتا وقائما حتى ينتقل الى الوارث بطريق الارث وهو اذ ينتقل اليه يعتبر أنه كائن في ذمة المتوفى المالية التي تتوَل من بعده الى ورثته الشرعيين ، ولما كان من المقطوع به أن الحادث وقع فجائيا وفي لحظات قد لا تتجاوز الثواني وأن الطيار ومراقبيه لقوا حتفهم فور وقوع الحادث الذي بلغ من هوله وجسامته أن ضحاياه تمزقت أجسامهم اربا وتبعثرت بقاياهم وأشلأؤهم فعمت معاملها واندثرت آثارها وتشتتت أجزاؤها واختلطت ببعضها فاستعصى تمييزها واستحال الجمع بينها ، وما وجد منها وضع مكسدا في جراب لا تعرف ماهيتها ولا أنواعها ، مثل هذا الحادث الرهيب الذي أطل الموت عليه من وقت حصوله لا يمكن أن يقال فيه أن ضحاياه عاشوا زمنا ولو ضئيلا اكتسبوا في خلاله حق المطالبة بالتعويض وانتقل هذا الحق من بعدهم لورثتهم ، لا يجوز هذا الرأي في القانون ولا في منطق الحادث لأن الموت كان داهما وفجائيا ولم يدع لضحاياه فترة من الزمن طاللت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم أو استقراره في ذمتهم ، وأنى يكون لميت حق وهو غاقد الحياة لا يملك من أمره نفعا ولا ضرا . وهب أنهم أشرفوا على الموت والطارئة تخطر في الجو أو ترتطم بالجبل فلا يدرى أحد هل أدركتهم الوفاة وهم في الجو وتخبط الطائرة وهي بغير قائد يقودها فاصطدمت بالجبل أو أنها هوت محترقة في ثوان

معدودات • وفي كلتا الحالتين ليس هناك من يجوز له في حكم القانون أن يتركه وأن تتولد له ذمة مالية من جراء الحادث تبقى بعده وتؤول إلى ورثته » •

« وحيث أنه يترتب على ما تقدم أن الحق الذي يتمتع به والد الدليار ويقول أنه انتقل إليه بطريق الميراث عن ولده الفقيد ، هذا الحق لا وجود له لانعدام مالكة وصاحب الشأن فيه • ومادام الأمر كذلك فلا يدخل في ذمته المالية وليس لورثته أن يطالبوا به • ومن ثم يكون الطلب المبني على هذا الحق على غير أساس ويكون الحكم المستأنف قد أصاب إذ قضى برغضه » •

« ولا يبقى مبرر بعد ذلك للخوض في موضوع المسؤولية التعاقدية وقد أصبحت غير ذات موضوع » •

وبالعكس من ذلك صدر قبل الحكم محل هذا التعليق حكمان أخذوا بالرأى العكسي وهو الذي أقره هذا الحكم وقضى بمقتضاه : أحدهما من محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٢ في القضية رقم ١٦٧٨ سنة ١٩٥١ كلى مصر (قضية ورثة المرحوم عبد اللطيف محرم) والآخر من المحكمة ذاتها أيضا بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٧ في القضية رقم ٣٣٣ سنة ١٩٥٤ (منشور في المحاماة ٣٧ — ١٣١٦ — ٥٥٨) •

وقد جاء في حكم ٢ يونيه ١٩٥٢ المذكور أنه « يظهر أن الشركة تشير بهذا إلى المذهب الذى يقول بأن المورث لم ينشأ له حق لموته فورا ولكن المحكمة ترد عليها بأن هذا الرأى مرجوح فى الفقه الفرنسى لأن الرأى الراجع والسائد فيه أن حق المبنى عليه ينشأ من وقت وقوع الحادث وبمجرد شعوره بنتيجته الحتمية ... »

(وأشارت المحكمة فى ذلك إلى كتاب مازو ج ٢ نبذة ٩١٢ ، وحكم نقض مصرى ١٤ مارس ١٩٤٤ الذى سبق تحليلنا آياه) ثم قالت :

« وحيث ان المحكمة تنتهى من ذلك الى أنه لا مانع عندنا في القضاء المصرى من مطالبة الورثة بحق المورث الذى أعجله الموت عن المطالبة به والذى نشأ له في الفترة التي أحقق به فيها الخطر والمطالبة في الوقت ذاته بحقهم الشخصى الذى تولد لهم من اصابتهم في عواطفهم ومصالحهم وآمالهم وشخص مورثهم • ولا شك في أن حق المورث في التعويض قد نشأ في الفترة التي قدرت بثلاث دتمائق والتي بدرت هيهنا الكارثة كما رواها الشهود من الطيارين ورجال الفن والتي بدأت أولا بانفصال مؤخر الطائرة ثم انقلابها ومحاولة انقاذاها وفشل المحاولة واندفاعها بسرعة حتى سقطت في البحر ثم ابتلعها اليم • والفقه الفرنسى يقول ان الضرر الذى يصيب المتوفى في مثل هذه الحالة يتمثل في سلب حياته منه فجأة وما يجرى في فترات اليأس ولحظات استقبال الموت من هدم آمال الشخص في الحياة وهو ضرر أدبى ، والضرر المادى الذى يتمثل في الآلام البدنية التي يعانها مهما قصرت مدتها وفي القضاء على أهم ناحية ايجابية لذمته المالية وهى حياته وفكاؤه وقوته » (ثم أشار الحكم الى ما جاء في هذا الشأن في كتاب مازو ج ٢ نبذة ١٩١٣) •

وقال حكم ٢٠ مارس ١٩٥٧ سالف الذكر في هذا الشأن :

« أما القول بأنهم (أى الورثة المدعون) بصفاتهم هذه لا حق لهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم لأن الموت الفورى لا يرتب لمن مات حقا في التعويض • هذا القول ان صح فانه ينسحب على التعويض عن الضرر الأدبى فقط دون المادى وهو ما يخرج عن نطاق الدعوى القائمة على المسؤولية التعاقدية لأن المدعيتين قصرتا المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهما نتيجة لاخلال المدعى عليها بالتزام السلامة الذى تضمنه عقد النقل ، الضرر المادى الذى يتمثل في فقدته أثمن شىء مادى يملكه وهو الحياة ، ذلك أن المضرور يشكو من أنه مات موتا غير طبيعى وأنه قد أحاق به الضرر عند الموت لا قبل الموت ولا بعده • وعلى ذلك فلولوا رث أن يطالب مكانه بتعويض

هذا الضرر • فمهما كانت غورية الوفاة فإن الفعل الضار قد عجل بانتهاء الحياة وأنه لا بد من مدة بينها وبين وقوع ما تسبب منها من ذلك الفعل الضار • هذه الفترة تكفى لنشوء حقه في التعويض • ومنه ينتقل إلى الوارث » •

وقد سار حكم الاستئناف موضوع هذا التعليق في هذا الاتجاه الجديد الذي سلكته محكمة القاهرة الابتدائية في الحكمين المذكورين والذي دعونا إليه منذ سنة ١٩٤٨ في تعليقنا المشار إليه آنفا (٣٣) فخالقت ما يأتي :

« ومن حيث أنه عن قول الشركة المستأنفة ان حق التعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى سببه الحادث لمورث كل غريق من المستأنف عليهم لا يورث ولا ينتقل إلى المستأنف عليهم لأن المورثين ومراغقيهما لقوا حتفهم جميعا فور وقوع الحادث الذى لم يدع لضحاياه فترة من الزمن طالعت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم أو استقراره في ذمتهم ، هذا القول لا يقره القانون ولا منطق الحادث • غير صحيح القول بأن هذا الحادث قد أطل عليه الموت من وقت حصوله وبأن الموت كان داهما وفجائيا • غير صحيح ذلك كله فقد بدأت الكارثة كما رواها الشهود للجنة الفنية المشار إليها بانفصال مؤخر الطائرة ثم انقلابها ثم اندفعت بسرعة حتى سقطت في البحر ثم ابتلعها اليم • وفي هذه اللحظات كان راكبو الطائرة لازالوا صالحين لتعلق حق التعويض بهم • ومتى كان هذا الحق قد ثبت لهم قبل وفاتهم انتقل من بعدهم إلى ورثتهم • والضرر الذى يصيب المتوفى في مثل هذه الحالة انما يتمثل في سلب حياته منه فجأة • والحياة هي أغلى ما يحرص عليه الانسان • وان فقدنا يعتبر شر المصائب

(٣٣) مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٨ عدد مارس ١٩٤٨ ، راجع ما تقدم في ص ٢٤٠ ، انظر ايضا كملينا في الفعل الضار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٦ ودروسنا لطلبة الدكتوراه في المسؤولية المدنية ١٩٥٥ نبذة ٧٩ ص ١٤٥ وما بعدها ، خليل جريج ، في النظرية العامة للوجبات ، بيروت سنة ١٩٥٧ ج ١ ص ١٠٢ ، وقارن عكس ذلك السنهوري في الوسيط ج ١ ص ٨٦٩ نبذة ٥٧٩ •

لأنها أئمن شيء للإنسان • وتعتبر أبلغ الأضرار التي تصيب الشخص • وهنا قد استعجل الحادث موت الفقيد وقصر حياتهما فيستوجب التعويض كما يتمثل في الآلام البدنية السابقة على الموت مهما قصرت مدتها • ويرى مازو — ورأيه هنا هو الظاهر — أن لا مسأغ للفرقة بين الحالة التي تقع فيها وفاة المصاب عقب إصابته فوراً • والحالة التي تقع فيها الوفاة بعد فترة من الإصابة • لا مسأغ لهذه الفرقة لأن الوفاة مهما تكن عاجلة فإنها لا تكون إلا بعد وقت من وقوع الفعل الضار ، وإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته • وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحاً لتعلق حق التعويض به • ومتى كان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده إلى ورثته •

بقي أن نقول محكمة النقض كلمتها في هذا الشأن ، فتؤيد هذا الاتجاه الذي بدأ أخيراً في أحكام المحاكم الابتدائية وحكم محكمة الاستئناف موضوع هذا التعليق أو ترفضه • ولسنا نشك في أنها ستتهز أول مرة لتقرير المبدأ الذي تراه في هذا الشأن حتى ينحسم به الخلاف ويلتف حوله قضاء المحاكم ويسير على وتيرة واحدة (٣٤) •

(٢٤) وسيجيء أن مثل هذه الفرصة عرضت للمحكمة العليا في قضية ورثة المرحوم شريح طلعت ولكن المحكمة استغنت فيها عن بحث هذه المسألة بغيرها مما رأيت فيه الكلية للفصل في الطعن •

وقد أخذت بذلك محكمة النقض فعلاً بحكمها الصادر بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٦٦ حيث قالت إذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير ، فإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلاً لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتنامى • ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم لا من الجروح التي أحدثها به فحسب وإنما أيضاً من الموت الذي أدت إليه هزم الجروح باعتباره من مضاعفاتها • ولئن كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضرراً مادياً محققاً إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسدية التي تصاحبه حرمان المجنى عليه =

هذا عن وجود ضرر الموت وصلاحيته لإنشاء حق في التعويض عنه في ذمة الميت قبل أن يموت . وهو كاف في القانون الفرنسى للقول بأن هذا الحق يتخلف عن الميت ويوجد في تركته وينتقل من بعده الى ورثته . أما في القانون المصرى حيث تقدم أنه يفرق في هذا الشأن بين الضرر المادى ويجعل حكمه كما في القانون الفرنسى . وبين الضرر الأدبى وكجعل انتقله الى الورثة مشروطا بحصول المطالبة به أو الاتفاق عليه . قبل موت المضرور ، فيتين تحديد طبيعة ضرر الموت حتى اذا ما اعتبر ضررا ماديا انتقل الحق في التعويض عنه الى الورثة دون قيد أو شرط . وان اعتبر ضررا أدبيا استحال انتقله الى الورثة لاستحالة حصول المطالبة به أو الاتفاق عليه قبل الموت ، وكان بالتالى لا فائدة من تقرير نشوئه مادام مؤكدا أن المضرور لا يتسع أمامه الوقت لاستعماله وأنه لا يجوز انتقاله الى الورثة .

= من الحياة وهى أغنى ما يمتلكه الإنسان بأبعاده مصدر طاقاته وتنكره . والقول بابتناع الحق في التعويض عن المجنى عليه الذى يوت عقب الإصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الإصابة يؤدى الى نتيجة يأبأها العقل والقانون هى جعل الجانى الذى يقتسو في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فوراً في مركز افضل من مركز الجانى الذى يقل عنه قسوة وأجراماً فبصيب المجنى عليه بأذى دون الموت ، وفي ذلك تحريض للجناة على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض (مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٣٣٧ — ٤٧) .

وقد اطربت على ذلك أحكام النقض حتى الآن ، نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٦٠ — ١١ . وايضا نقض مدنى ١٩٨٠/١/٢٣ في الطعن رقم ١٤٦٦ سنة ٤٨ ق مجلة القضاة عدد يناير — ابريل ١٩٨١ ، ص ٢٥٣ .

وفي هذا المعنى ايضا نقض مدنى ١٩٨٣/٥/١٩ في الطعن رقم ١٨٨٤ و ١٨٦٤ سنة ٥٢ ق . وايضا شمال القاهرة الابتدائية الدائرة الاولى ١٩٧٣/٤/١٠ في القضية رقم ٨٤٤ سنة ١٩٧٢ مدنى كلى شمال القاهرة . وقد أخذت بذلك ايضا من بعد محكمتنا العليا محكمة تمييز العراق في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٢/١٧ مجلة القانون المقتارن بعداد العدد الثمانى السنة الثانية سنة ١٩٦٨ ص ٢٩٩ رقم الاضبارة ٤١٤ / تمييزية / ١٩٦٧ . ونظر ايضا مؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الاول الاحكام العامة سنة ١٩٧١ ص ١٧ وما بعدها .

وقد رأى الحكم موضوع هذا التعليق أن هذا الضرر — أى ضرر الموت — يعتبر ضررا أدبيا (٣٥) • وكان يتعين عليه أن يرتب على ذلك سقوط الحق في التعويض عنه بمجرد موت المضرور دون أن يطالب بحقه في التعويض أو الاتفاق بشأنه • ولكن الحكم لم يستسغ هذه النتيجة وشعر بأن العدالة تقتضى تقرير انتقال حق المضرور الى ورثته ، فسلك لتحقيق ذلك طريقا ملتويا شاقا اذ اضطر الى القول بأن حكم المادة ٢٢٢ فقرة أولى حكم مستحدث لا يسرى على واقعة النزاع لحدوثها قبل العمل بالتقنين الجديد وأنه كان مقررا في ظل القانون القديم أن الحق في التعويض ينتقل الى الورثة في جميع الأحوال دون قيد أو شرط ، وهو ما أقمنا الدليل على عدم صحته •

ولنا أن نتساءل ماذا كان يكون حكم المحكمة لو عرضت عليها واقعة مماثلة حدثت في ظل القانون الجديد ، أتصر فيها على اعتبار ضرر الموت ضررا أدبيا وتقضى فيها وفقا للمادة ٢٢٢ فقرة أولى برفض دعوى التعويض المرفوعة من الورثة بصفتهم هذه ؟ أم انها حينئذ كانت ترى العدالة في الاعتراف لهؤلاء الورثة بأن يحلوا محل مورثهم في حقه الذى لم يتمكن من المطالبة به وتعمل على تفادى تطبيق المادة ٢٢٢ المذكورة ؟ • وحينئذ لا يكون أمامها من سبيل الا الاعتراف بأن ضرر الموت ضرر مادى لا تسرى عليه تلك المادة وانما تسرى عليه القواعد العامة التى تقضى بانتقال حق المورث الى ورثته دون قيد أو شرط •

وقد سبق لنا أن عرضنا لبحث هذه المسألة وانتهينا من هذا البحث الى أنه اذا قيل بأن الموت مساس بالحق في الحياة وأن هذا الحق غير مالى فيكون ضرر الموت ضررا غير مالى وبالتالي ضررا أدبيا بحثا ، فإن

(٣٥) فقد جاء فيه في هذا الشأن ما نصه : « وأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الادبى حق شخصى يتصل بذات المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال حياته فان ذلك لا ينفى عن هذا الحق صفته المالية ووجوده في ذمة صاحبه حال حياته وتخلفه عنه بعد موته في ضمن تركته وانتقاله بالتالى الى ورثته » .

هذا القول مردود بأن المساس بحق غير مالى لا يقتصر أثره حتما على أحداث ضرر أدبى ، وأنه لا مانع من أن يسبب ضررا ماليا ، كالاكتداء على سلامة الجسم اذا سبب عجزا عن الكسب مدة معينة وحبس الشخص دون حق اذا فوت عليه فرصة للكسب المالى ٠٠٠ الخ • فكون الموت اعتداء على الحق فى الحياة ، وهو حق غير مالى ، لا ينفى أنه يلحق بالشخص الذى وقع له حادث عجل بموته ضررا ماديا لأنه يفقده قدرته على العمل وعلى كسب الحقوق المالية •

وإذا قيل ان استمرار حياة الشخص وقدرته على العمل وكسب الحقوق — لو لم يلق منيته بسبب هذا الحادث — لا يعدو مجرد الاحتمال ولا يمكن الجزم به ، فلا يكون فقد الحياة وضياح القدرة على العمل — حتى مع التسليم باعتبارهما خسارة مالية — سوى خسارة احتمالية فلا تستوجب التعويض ، فان هذا القول يمكن رده بأن الاصابة القاتلة اذا لم يكن من المحقق أنها أفقدت المصاب حياة طويلة كان سيحياها وقدرة على العمل كان سيتمتع بها طويلا لولا هذه الاصابة ، فانه من المحقق أن هذه الاصابة قد فوتت عليه فرصة الاستمرار فى الحياة والتمتع بالقدرة على العمل المدة المعقولة بالنسبة الى من يكون فى مثل سنه وصحته ، وبأن الحرمان من هذه الفرصة يسبب له خسارة مالية تقدر بقدر نسبة ما كان له من حظ فى استمرار حياته وقدرته على العمل (٣٦) • واذا كان يكون فقد الحياة بسبب الموت غير الطبيعى ضررا ماديا يستوجب التعويض من الوقت الذى يصير فيه الموت محقق الوقوع وينتقل هذا الحق فى التعويض الى ورثة المجنى عليه ولو وقعت وراثته قبل أن يطالب هو به المسئول عنها •

وقد أخذت بذلك محكمة القاهرة الابتدائية فى حكمها سالفى الذكر غقالت فى حكم ٢٠ مارس ١٩٥٧ ان هذا القول ان صح فانه ينسحب على

(٣٦) راجع دروسنا من المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه نبذة ٦٧ ، وكتابنا فى الفعل الضار الطبعة الثانية نبذة ٢٨ •

التعويض عن الضرر الأدبي غقط دون المادى وهو ما يخرج عن نطاق الدعوى القائمة على المسؤولية التعاقدية لأن المدعيتين قصرتا المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهما نتيجة لاخلال المدعى عليها بالتزام السلامة الذى تضمنه عقد النقل ، الضرر المادى الذى يتمثل فى غقده أثمن شىء مادى يملكه وهو الحياة » .

وقالت فى حكم ٢ يونيه ١٩٥٢ « ان الفقه الفرنسى يقول ان الضرر الذى يصيب المتوفى فى مثل هذه الحالة يتمثل فى سلب حياته منه فجأة وما يجرى فى فترات اليأس ولحظات استقبال الموت من هدم آمال الشخص فى الحياة وهو ضرر أدبى . والضرر المادى الذى يتمثل فى الآلام البدنية التى يعانيتها مهما قصرت مدتها وفى القضاء على أهم ناحية ايجابية لذمته المالية وهى حياته وذكأؤه وقوته » (٣٧) .

لذلك نرى أن الراجع هو القول بأن ضرر الموت ان كان بعضه تغلب عليه صفة الضرر الأدبى فان الجانب الأكبر والأهم منه تتوافر فيه صفة الضرر المادى وبالتالي يكون الحق فى التعويض عن هذا الجانب الأخير من ضرر الموت حقا ماليا عاديا ينتقل الى ورثة الميت دون قيد أو شرط . او مات المضرور فور الحادث دون أن يتمكن من المطالبة به ، وسواء أوقم ذلك ذلك الحادث فى ظل التقنين الجديد أو فى ظل التقنين القديم .

(٣٧) وأشارت المحكمة فى ذلك الى رأى مايو ونقلت عنها من كتابها ما جاء فى تبذة ١٩١٣ منه ونصه كما يأتى :

«Lui enlever la vie, c'est lui causer le plus grand préjudice qui se puisse concevoir : préjudice moral d'abord, par la perte de tous les espoirs qui sont la raison de vivre par la douleur physique, si brève soit-elle, que souffre le corps au moment de s'anéantir, préjudice matériel aussi, puisque l'actif patrimonial se trouve brusquement privé de ses plus riches éléments ceux qui servaient aux autres de source ou de soutien, la vie, intelligence, la force».

ثانياً — حكم نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ :

١ — إمكان نشوء مسئولية عقدية قبل الدائن ومسئولية تقصيرية قبل الغير .

٢ — استقلال كل من المسئولين عن الاخرى فى اسباب دفعها .

أصدرت محكمة النقض (الدائرة المدنية) حكماً بتاريخ ١٥ مايو ١٩٥٨ فى القضية رقم ٥٥ سنة ٢٤ ق (قضية المرحوم شريح طلعت التى تقدمت الاشارة اليها) وكانت وقائعها تلخص فيما يلى (٣٨) :

فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٦ كان المرحوم شريح طلعت يقود احدى طائرات شركة مصر للطيران فى عودتها من بغداد للقاهرة عن طريق دمشق ، وقد تأخر فى موعد قيامه من بغداد ساعة وربعاً بسبب ما كان قد طرأ على جهاز اللاسلكى بها من خلل مما نتج عنه أن وصلت الطائرة دمشق متأخرة كذلك عن الموعد المحدد . وفى أثناء الرحلة من بغداد الى دمشق عاود الخلل جهاز اللاسلكى وأحاط الطيار الفقيده رجال مطار دمشق علماً بذلك ثم غادرت الطائرة مطار دمشق فى الساعة ٥٥٠٠ مساءً فى أمان مجتازة أخطار الهبوط والصعود منه ، ولكن حدث — بعد أن اجتاز منطقة الخطر التى تحف به — أن أصاب الطائرة وهى فى جو حيفا طارئ تخلف عنه احتراق الطائرة وتدميرها بمن فيها ، فرغم والد الطيار دعوى أمام محكمة القاهرة الابتدائية طالب فيها الشركة بصفته وارثاً للفقيه بتعويض قدره عشرين ألف جنيه بمقتضى مسئوليتها العقدية ازاء الطيار الفقيه لاخلالها بضمان سلامته ، وبصفته الشخصية بتعويض قدره عشرة آلاف جنيه عن الضرر الأدبى الذى ناله شخصياً بفقد ابنه وذلك وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية . فقضت له المحكمة فى الطلبين مما بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٥١ بتعويض اجمالى قدره ثلاثة آلاف جنيه ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات .

واستأنف الطرفان الحكم الابتدائي وقضت محكمة الاستئناف في الاستئنافين بتاريخ ٢٦ أبريل ١٩٥٣ بقبولهما شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى والزام رافعها بمصروفاتها عن الدرجتين ... الخ .

طعن والد الطيار الفقيد في هذا الحكم بالنقض وبني طعنه على عدة أسباب نذكر منها :

(١) فيما يتعلق بطلب التعويض عن الضرر الشخصي الذي أصابه بموت ابنه أى دعوى المسؤولية التقصيرية ، الأقصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق لأن كلا من الحكمين الابتدائي والاستئنافي قد ثبت فيهما أن جهاز اللاسلكى بالطائرة التى وقع لها الحادث كان غير صالح لأداء الغرض من وجوده وأن ذلك مما يوجب مسؤولية المطعون عليها ولكن الحكم المطعون فيه نفى هذه المسؤولية تأسيسا على ما ورد فيه من أن الطيار الفقيد قد أخطأ بمغادرته مطار دمشق قبل أن يقوم بإصلاح هذا الجهاز وهو عالم بفساده ، ومن أن عدم صلاحية الجهاز المذكور لم يكن مع ذلك ليغير في مجرى الكارثة لضآلة الفترة الزمنية بين ظهور الوهج في الطائرة وبين انفجارها ضآلة لم تكن لتسمح بالإفادة من هذا الجهاز ، في حين أن ما قرره الحكم المطعون فيه من خطأ الطيار — بفرض ثبوته — لا ينفى وقوع الخطأ أيضا من الشركة . فكان يتعين على هذا الحكم أن يوازن بين هذين الخطأين ليقدر ان كان أيهما قد استغرق الآخر . كما أن القول من جانب الحكم المطعون فيه بأن عدم صلاحية الجهاز لم يضيع على الطيار فرصة الاستعانة به لضآلة الفترة الزمنية بين ظهور الوهج والانفجار مناقض لما هو ثابت أيضا في ذات الحكم المطعون فيه من أنه كانت هنالك فترة كافية للاستعانة اذ أثبت الحكم عند تحصيل الوقائع أن الطائرة بينما كانت تحلق فوق خليج حيفا طرا عليها ما يستدعى تغيير اتجاهها فطلقت فوق جبل الكرمل واجتازت السلسلة الأولى وشاء حظها العاثر أن تصطدم بالسلسلة الثانية فطلت

بها النكبة ٠٠٠ ومن ذلك يتبين أن زمن مهنة الطائرة كان سابقا على ظهور الوهج بما كان يسمح للجهاز بأداء وظيفته وتجنب الكارثة لو كان صالحا لما أعد له .

وقد ردت محكمة النقض هذا الوجه من الطعن بما استعرضته من أقوال محكمة الاستئناف فيما يخص عدم ثبوت وقوع خطأ من المطعون عليها أدى الى حصول الحادث وعدم تبين السبب الذي أدى الى حصوله الى أن قالت « وبين من ذلك أن محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسؤولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار الشركة المطعون عليها مرتكبة لخطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض اذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتباطه معه برابطة السببية وانه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن اسناده لعيب معين فى تركيب الطائرة ، فان مسئوليتها عن التعويض تعتبر مفتوحة . وهذا التأسيس الذى لم يورد عليه الطاعن مطعنا صالح لاقامة الحكم المطعون فيه وكاف فى دفع مسئولية المطعون عليها . أما ما أثاره الطاعن فى وجه الطعن خاصا بخطأ الشركة فى عدم اعداد جهاز اللاسلكى اعدادا صالحا لأداء وظيفته فان الحكم المطعون فيه قد أوضح فى عبارة صريحة أنه « اذا صح أن النار اشتعلت فى الطائرة بسبب خطأ طرأ على آلاتها فان اللاسلكى لا يمكن أن يكون هو السبب المباشر لهذا الخلل » . كما أنه عرض لما يثيره الطاعن فى وجه الطعن من أنه لو كان الجهاز صالحا لاستعان به الطيار فى درء المخاطر التى تعرض لها ، فذكر فى هذا الخصوص أنه يكفى للرد على ذلك ما أجمع عليه شهود الرؤية من أنه (لم يمض بين ظهور الطائرة وآثار انوهج بادية فيها وبين انفجارها سوى ثوان لا تسمح بتقديم أية معونة) ، ومن ذلك يبين أنه لم يكن ثمت مجال للخوض فى بحث خطأ الشركة بعدم اعدادها للجهاز اعدادا صالحا ولا لاجراء موازنة بين هذا الخطأ وخطأ الطيار الفقيد ، باقدامه على مغادرة مطار دمشق قبل اصلاح الجهاز ، ولا للنظر فى مدى استغراق

كل من الخطأين للآخر ، لم يكن ثمت مجال لهذا البحث لعدم جدواه ، بعد اذ حصلت محكمة الموضوع من الوقائع أن جهاز اللاسلكي لم يكن له أثر في حصول الحادث على النحو الذي صورته الطاعن من احتراق الطائرة في الجو قبل اصطدامها بالجبل وأن الفترة بين ظهور الوهج والانفجار لم تكن الا ثوان لا تمكن من الاستعانة بهذا الجهاز على أية صورة . أما ما أشار اليه الطاعن في وجه النعى من أن الحكم المطعون فيه قد حصل الوقائع على صورة مناقضة لهذه الصورة ... الخ فهو مردود بأن محكمة الاستئناف لم تورد ما أوردته في هذا الخصوص الا رواية عن الحكم المستأنف ... وليس غيما حصلته محكمة الاستئناف نفسها من الوقائع ما يتفق مع تلك العبارات المقتبسة من الحكم المستأنف ولا ما يفيد اعتمادها وإقرارها ، واذا كان ذلك فليس ثمت محل للنعى على محكمة الاستئناف بالقصور في التسبب استنادا الى وقائع لم تكن من تحصيلها ولم تعمل عليها في قضائها . ولا مجال بعد ما تقدم إيراده للنظر فيما نعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه خاصة بما أسندته محكمة الاستئناف للطيار الفقيد من أخطاء ارتكبها ، اذ بحسبها أن تكون أقامت حكمها على ما ثبت لها من أن الضرر الذي أصاب الطاعن قد نشأ عن سبب أجنبي لم يكن للمطعون عليها يد فيه ، وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير .

وخلاصة ما تقدم أن محكمة النقض رفضت وجه الطعن هذا بناء على ما ثبت لها من أن محكمة الاستئناف قد حصلت من الوقائع أنه لم يقيم أى دليل على وقوع خطأ من الشركة المطعون عليها أدى الى حصول الحادث وأنه حتى بافتراض وقوع خطأ من الشركة في عدم اصلاح جهاز اللاسلكي فان هذا الخطأ منقطع الصلة بوقوع الحادث ولا تربطه به أى علاقة سببية وأن تقدير هذه العلاقة يستقل به قاضى الموضوع (٣٩)

وأن سبب الحادث بقى مجهولا وأن ذلك يكفى لعدم قيام المسئولية التقصيرية أصلا ويغنى عن البحث في وقوع خطأ من الطيار أو من الغير مادامت مسئولية المدعى عليها لم تثبت قط .

وقد جاء ما قرره المحكمة العليا في هذا الشأن مطابقا للمبادئ الأولية الثابتة ، ولا غبار عليه سوى أن المحكمة قد انزلت منه في آخر عبارة أوردناها لها الى وصف الضرر الذى سبق أن قررت أن سببه بقى مجهولا بأنه قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمطمون عليها يد فيه . وإذا كان ذلك لا يظهر خطره في مجال اسئولية التقصيرية التى لا تقوم الا على أساس ثبوت الخطأ لأن المدعى عليه لا يتغير مركزه سواء ثبت أن الضرر بقى سببه مجهولا أو أن له سببا أجنبيا عنه اذ يبقى هو في الحالين بمنجى من المسئولية ، فإن الأمر بخلاف ذلك في المسئولية العقدية حيث يخلص المدين من المسئولية اذا أثبت السبب الأجنبى ولا يخلص منها اذا عجز عن هذا الاثبات ولو بقى سبب الضرر مجهولا .

ولأن الدعوى التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق كانت في الواقع تجمع بين دعوين تقوم احدهما على أساس المسئولية التقصيرية وهى التى قضى فيها بما تقدم وتقوم الثانية على أساس المسئولية العقدية ، فكان يخشى أن يؤدى ما تقدمت الاشارة اليه من انزلاق غير مقصود الى التأثير في الفصل في الدعوى الثانية . وقد حدث ذلك فعلا كما يبين من عرض الوجه الثانى للمطن .

(ب) فيما يتعلق بحق التعويض الموروث عن المصاب الأصلي :

ويلخص هذا الوجه الثانى في أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون في خصوص ما طلبه الطاعن من التعويض ميراثا عن ابنه (الطيار الفقيد) بموجب المسئولية العقدية للشركة المطعون عليها لأن محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها في خصوص المسئولية العقدية على القول بأنها غير ذات موضوع اذ لم ينشأ للطيار الفقيد حق في

التعويض لأنه وقد مات غور الحادث فهو لا يستطيع أن يكسب حقا ينقله الى وارثه . وقد أخطأت محكمة الاستئناف في هذا القضاء الذى أخذت فيه برأى لا يعرض الا في صدد المسؤولية التقصيرية — لا المسؤولية التعاقدية — وهو على أية حال رأى لا تقره جمهرة الفقهاء ولا أحكام المحاكم ، ذلك أن حق المصاب في التعويض ينشأ بمجرد حصول الحادث وهو أسبق من الوفاة حتما ، وهو يكون منها بمنزلة السبب من المسبب فهو سابق عليها . ومهما يكن من قصر الفترة الزمنية بين الحادث ونتيجته الا أنه لا يحل مطلقا اهدار حق المصاب في التعويض عما لحقه من جراء اصابته وفي انتقال حقه في ذلك الى ورثته . واذا لم يكن المجال في خصوص هذا الطلب الا مجال المسؤولية التعاقدية فقد كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تعتمد بما تمسك به الطاعن من أن ثبت التزاما على عاتق الشركة بسلامة الطيران نشأ منذ التعاقد وحقا للطيار في اقتضاء هذا الالتزام عينا أو بما يعادله نشأ من ذلك الوقت أيضا ويات معتبرا عنصرا من عناصر ذمته المالية وهو سابق — بطبيعة الحال — على وقوع الكارثة التى لم يكن وقوعها الا اخلافا من الشركة بالتزامها بضمان السلامة . وحدث الوفاة لا يترتب عليه انقضاء هذا الالتزام . فاذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يسبب قضاء برفض دعوى التعويض في خصوص المسؤولية التعاقدية الا على الأساس الخاطيء المتقدم ، فانه يكون مخطئا في القانون متعينا نقضه .

وكان هذا الوجه من الطعن من شأنه أن يتيح الفرصة لمحكمة النقض كي تفصل في المسألة الخلافية التى سبق أن عرضنا لها غيما تقدم من تعليقاتنا على حكم استئناف القاهرة وهى مسألة نشوء الحق في التعويض عن ضرر الموت أو عدمه وفي حالة الايجاب امكان انتقال هذا الحق الى الورثة عند وقوع الموت غور الحادث أو عدمه ، ولكن المحكمة العليا تركت هذه الفرصة واستغنت عن مواجهة هذه المسألة بما سبق أن ساقته في خصوص المسؤولية التقصيرية من أنه ثبت أن الحادث يرجع الى سبب اجنبى عن المطعون عليها أى من وجود سبب تندفع به المسؤولية التعاقدية كما تنتفى به المسؤولية التقصيرية .

فقد جاء في حكم المحكمة العليا في هذا الشأن أن النعمي بما ورد في هذا السبب في خصوص الدعوى الحالية غير مجد • ذلك أن الطاعن قد طلب بدعواه الحكم له بمبلغ التعويض الموضحين من قبيل على أساس أن أحدهما يقابل ما ناله من ضرر بسبب خطأ تقصيري وأن المبلغ الثاني يمثل حصته الميراثية فيما يستحقه مورثه من تعويض قبل المطعون عليها الأولى نتيجة خطئها التعاقدى • وقد عرضت محكمة الموضوع وحى بسبيل تحقيق مسئولية المطعون عليها التقصيرية لما أسند اليها من خطأ ولما دفعت به هذا الخطأ • فأوضحت كما سبق بيانه أن الحادث الذى اعتبر أساسا لدعوى التعويض وهو احتراق الطائرة قد وقع بسبب أجنبى لا يد للمطعون عليها فيه يتمثل في صورة حادث مفاجئ مجهول السبب وغير متصل بأى خطأ من جانب المطعون عليها •

ولما كان ذلك وكانت المسئولية التعاقدية تندفع باثبات السبب الأجنبى فإنه لا جدوى من اثاره البحث الذى عرض له الطاعن في سبب الطعن • اذ مهما يكن وجه الرأى فيه فإن عدم تعرض الحكم المطعون فيه للبحث في المسئولية العقدية لا تتحقق به في خصوص المنازعة الحالية أى مصلحة للطاعن مادامت المسئولية التقصيرية المسندة للمطعون عليها مندفعة بما يصلح أساسا لدفع المسئولية العقدية •

ولا يسعنا في هذا المقام الا أن نلاحظ أن ما وصفته المحكمة العليا بأنه سبب أجنبى للحادث لم يكن الا انتفاء الخطأ من جانب المدعى عليه وبقاء سبب الحادث مجهولا وأن ذلك لا يصح وصفه بأنه سبب أجنبى • وأنه اذا كان يكفى لمنع قيام المسئولية التقصيرية العادية فإنه لا يكفى لدفع المسئولية العقدية اذ أن هذه لا تندفع الا بالسبب الأجنبى بمعناه الفنى الدقيق الذى يكون سببا معينا لم يمكن توقعه ولا تفادى وقوعه وأدى الى استحالة الوفاء بالالتزام استحالة مطلقة (٤٠) • ومادام لم

يثبت في هذه الحادثة أنها راجعة الى سبب معين تتوافر لهية هذه الصفات الثلاث فما كان يصح في رأينا دفع المسؤولية العقدية بمقولة توافر السبب الأجنبي الذي بنى عليه نفي المسؤولية التقصيرية • وكان الأولى مواجهة النعمى الذى انبنى عليه الطعن والفصل في أمر ثبوت الحق في التعويض عن ضرر الموت وانتقاله من المصاب الى ورثته أو عدمه •

تطبيق على حكم في مسؤولية الناقل الجوي (*)

استئناف الاسكندرية ٥ فبراير ١٩٥٠

المبادئ القانونية :

١ — أن وجود الراكب في السيارة ضمن الركاب الآخرين عند وقوعها في موقف معد لها وهباً للسفر الجهة المعلوم أنها تقصد إليها يكفى لاثام عقد النقل لتحقيق القبول ضمناً من جانب الراكب . وعند انعدام النص الضريح في عقد النقل على ضمان الناقل للراكب الذي تعهد بنقله ، يعتبر الناقل مسؤولاً مسؤولية تعاقدية على أساس اشتغال العقد على التزام ضمنى من جانبه بإيصال الراكب سالماً إلى الجهة التي يتعهد بنقله إليها .

٢ — يجوز لطالب التعويض عن حوادث النقل ، الاستناد إلى أحد الاساسين المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية حسبما يتسنى له .

تطبيق : تناول هذا الحكم أربع مسائل جدية بالتتويج وبالتحليل، أهمها تكييف مسؤولية أمين نقل الأشخاص عن الحوادث التي تصيب الركاب أثناء نقلهم بأنها مسؤولية عقدية . أما المسائل الأخرى فتشمل تعيين الخطأ المعقدي وطريقة دفع المسؤولية المترتبة عليه ، والخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، وسلطة المحكمة في تكييف المسؤولية .

١ — **طبيعة المسؤولية عن نقل الأشخاص :** ان لهذا الحكم أهمية خاصة من حيث انه كيف مسؤولية أمين نقل الأشخاص بأنها مسؤولية عقدية ، ولأنه أول حكم يصدر في هذا المعنى من محكمة استئناف وطنية .

وليبيان هذه الأهمية يجدر بنا أولاً أن نشير إلى الاتجاه العام الذي بدا في دائرة المسؤولية المدنية منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضي نحو تسهيل حصول المصاب بوجه عام على التعويض ، وذلك من طريق

(*) منشور في مجلة التشريع والقضاء السنة الثامنة سنة ١٩٥٠ العدد ١٥ ص ٢٨٢ وما بعدها من قسم القضاء .

توسيع دائرة المسؤولية التقصيرية وتيسير اثباتها تارة ، ومن طريق التوسع في تطبيق قواعد المسؤولية العقدية تارة أخرى ، وإلى تردد الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر بين هذين الطريقين في كثير من أحوال المسؤولية كمسئولية رب العمل ، ومسئولية متعهد نقل الأشخاص ، ومسئولية متعهد الألعاب الميكانيكية ، ومسئولية الطبيب ... الخ .

غفى حوادث العمل مثلاً ذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى ضرورة التوسع في تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية من طريق القرائن القضائية بل من طريق القرائن القانونية أيضا استنادا الى المادة ١٣٨٦ أو الى المادة ١٣٨٤ غقرة أولى ، وذهب البعض الآخر الى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية ، ولم يفقد هذا الخلاف أهميته الا بصور قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ الذى جعل مسئولية رب العمل عن اصابات العمل مسئولية قانونية تلزمه بمجرد حدوث الاصابة فى أثناء العمل أو بسببه ، فغنى المحاكم بذلك عن الالتجاء فى هذا الشأن الى قواعد المسؤولية العقدية .

ويجدد بنا ثانيا أن نعرض فى ايجاز مدى تأثير المسئولية عن نقل الأشخاص بهذا الاتجاه العام فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى . غفى كليهما لم يرد نص على مسئولية متعهد نقل الأشخاص مع وجود نص خاص بنقل البضائع يجعل المتعهد مسئولا عن هلاك البضاعة ، ما لم يثبت أن هلاكها يرجع الى قوة قاهرة (المادة ٨٩/٤٨٩/١٧٨٤) ، مما دعا الى تردد المحاكم الفرنسية والمصرية فى تطبيق قواعد المسئولية العقدية على متعهد نقل الأشخاص ، فذهبت المحاكم الفرنسية أول الأمر الى اعتبار مسئولية هذا المتعهد مسئولية تقصيرية . ولكنها مسيطرة منها للاتجاه العام الذى أشرنا اليه آنفا عملت على تخفيف عبء الإثبات عن الراكب المصاب وتوسلت لذلك بوسائل شتى . فغرضت على متعهدى النقل وبخاصة شركات السكك الحديدية طائفة من الواجبات القانونية تكون فى مجموعها واجب اتخاذ أشد الاحتياطات لتأمين سلامة الراكب ، ثم شفعت ذلك بالالتجاء الى قرائن الأحوال ، فاعتبرت أن بعض الحوادث يحمل فى ذاته الدليل على خطأ متعهد النقل كما فى حالة خروج

القطار عن الخط الحديدي ، وحالة تصادم القطارات ، وسقوط الراكب من باب أحد دواوين عربة السكة الحديدية . ولكن جميع هذه الوسائل المخففة للإثبات كان تقديرها متروكا الى محكمة الموضوع أى أنه كان لهذه المحكمة أن تعين واجبات أمين النقل وتقدر قرائن الأحوال دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ، فلم يكن للمصاب ما يكفل له أن تعامله محكمة الموضوع معاملة تخفف عنه عبء الإثبات ، لذلك رأت محكمة النقض أن العدالة تقتضيها أن تشمل برقايتها هذه الحالة ، وكان لها أن تختار لبلوغ هذا الغرض بين أن تقرر انطباق المادة ١٣٨٤ غقرة أولى على مسؤولية متعهد نقل الأشخاص أو أن تعتبر مسؤوليته مسؤولية عقدية .

غير أنه يلاحظ أن حكم المادة ١٣٨٤ غقرة أولى ان كان اليوم يؤدي الى قيام قرينة قانونية على مسؤولية حارس الشيء بمجرد ثبوت حدوث الضرر للمصاب من هذا الشيء ، والى عدم امكان نقض هذه القرينة الا باثبات حدوث الضرر بقوة قاهرة أو بأى سبب أجنبي آخر ، فيجب ألا يغرب عن البال أن هذا الحكم لم يقصد بالنص عند وضعه ، وأنه وليد اجتهاد القضاء وأنه لم يولد بهذه القوة بل اتبع سنة التطور ومر بأدوار مختلفة حتى بلغ أشده ، وكان حتى فجر هذا القرن والى نهاية عشر السنوات الأولى منه في أولى مراحل تطوره ، فكان يشترط في الاستناد الى نص المادة ١٣٨٤ غقرة أولى أن يثبت وجود عيب في تركيب الشيء الذى أحدث الضرر أو نقص في صيانته ، ومتى ثبت ذلك لم يكن يترتب عليه سوى قرينة بسيطة على خطأ حارس الشيء أى انها قرينة يجوز للحارس نقضها باقامة الدليل على عدم وقوع خطأ منه وذلك بأن يثبت أنه بذل كل ما كان يجب عليه من عناية ولو لم يثبت حدوث الضرر بسبب أجنبي ، أى أنه لم يكن يتحمل مسؤولية الضرر الذى يبقى سببه مجهولا . لذلك وجدت محكمة النقض الفرنسية اذ ذاك أن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على متعهد نقل الأشخاص أوفى بالعرض وأكثر مصلحة للمصاب من تطبيق حكم المادة ١٣٨٤ غقرة أولى لأنه لا يتطلب من المصاب سوى اثبات قيام عقد النقل واصابته بالضرر في أثناء النقل ولأنه لا يرفع عن

المتعهد مسؤوليته الا اذا أثبت وقوع الحادث بسبب أجنبي عنه أى أنه يدعه مسؤولا عن كل حادث بقى سببه مجهولا ، فأخذت به فى حكمها المشهور الصادر فى ٢١ نوفمبر ١٩١١ حيث قررت أن مسؤولية متعهد النقل عن الحوادث التى تصيب الركاب فى أثناء النقل مسئولية عقدية وان تنفيذ عقد النقل يلزم المتعهد بتوصيل الركاب سالما (دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٤٩) • وقد أطررت منذ سنة ١٩١١ أحكام المحاكم على ذلك وتأيد قضاؤها تأييدا ضمنيا بصور قانون ٣١ مايو ١٩٢٤ الخاص بالنقل الجوى • وقد يبدو أن محكمة النقض اقتضت فى ذلك على أنها أدخلت فى دائرة عقد النقل واجب تأمين السلامة الذى كانت أنشأته على عاتق متعهد النقل فى حدود المسؤولية التقصيرية وقبل أن تتجه الى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية عليه • ولكن الواقع غير ذلك اذ أن هذا الواجب كان فى الأصل التزاما بوسيلة obligation de moyen ، فكان يتعين على الركاب المصاب أن يثبت أن أمين النقل قد قصر فى اتخاذ أى احتياطات مما كان يؤدى الى تأمين سلامة الركاب ، والا فلا مسئولية ولا تعويض • أما فى حكم سنة ١٩١١ وما تلاه من أحكام ، فقد جعلت المحكمة هذا الالتزام التزاما بنساية obligation de résultat بحيث يسأل أمين النقل بمجرد عدم إيصال الركاب سالما ودون حاجة بالأخير الى اثبات التقصير الذى وقع من أمين النقل فى اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بتأمين سلامة الركاب •

ويلوح لنا انه لو كان حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى قد بلغ فى سنة ١٩١٠ ما بلغه الآن من قوة ، لكان من المحتمل جدا أن تستغنى به المحاكم عن الالتجاء الى قواعد المسؤولية العقدية فى مسالة متعهد نقل الأشخاص كما استغنت بصور قانون سنة ١٨٩٨ عن تطبيق هذه القواعد فى اصابات العمل •

وفى القانون المصرى نهجت المحاكم أول الأمر نهج المحاكم الفرنسية ، فاعتبرت متعهد النقل ملزما باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لتأمين سلامة الركاب [استئناف مختلط ٢٩ أبريل ١٨٩٦ (٨ ص

(٢٥٥) ٢٨ أبريل ١٨٩٧ (٩ ص ٢٩٦) ، أول يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٩٥) [ليس عن الحوادث الناشئة عن عدم مهارة عماله فحسب ، بل أيضا عن الحوادث التي تنشأ عن وجود خلل في ادارة مهمات النقل] ١٤ يونيه ١٨٩٩ (١١ ص ٢٨٠) ، وكثيرا ما وجدت في قرائن الأحوال وسيلة لقلب عبء الاثبات [استئناف مختلط ٢ فبراير ١٩٢٨ الغازيت ١٨ — ٢٢٩ — ٢٨٦] . وقد طبقت بعض الأحكام الصادرة قبل حكم النقض الفرنسي قواعد المسؤولية العقدية . اما بالتوسع في تطبيق النصوص المتعلقة بنقل البضائع (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ٥٧) ، واما بالرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالعقود [استئناف مختلط ٥ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٥١) ، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٦ ص ٨٢ : ٣ يونيه ١٨٩٦ (٨ ص ٣٠٩) ، ١٦ يونيه ١٨٩٧ (٩ ص ٣٨٨) ، الاسكندرية التجارية المختلطة ١٩ أبريل ١٩١١ الغازيت ١ ص ١٣٣] . ومن العجيب أن الأحكام اللاحقة لحكم النقض الفرنسي عدلت عن هذا الرأي واطردت على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على حوادث نقل الركاب خلافا للأحكام الصادرة في العهد الأول [أنظر بوجه خاص استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٣٣) ، الغازيت ٢ — ٨٧ — ٨٨ والأحكام التي أشار اليها ريكول في مقاله في الغازيت ١٧ ص ٣ وما بعدها] .

غير أن المحاكم المصرية أخذت تعود الى رأيها الأول وتطبق أحكام المسؤولية العقدية على حوادث نقل الركاب ، فبدأت بذلك محكمة مصر الجزئية المختلطة في حكم مارس ١٩٣٣ (الغازيت ٢٥ — ٣٩ — ٥١) ثم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير ١٩٣٥ (٤٧ ص ١٧٦) ، وتبعتهما فيه محكمة اللبان الجزئية في ١٣ مايو ١٩٤٠ (المجموع ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩) ، وأخيرا محكمة استئناف الاسكندرية في حكمها محل هذا التعليق .

ولنا بعد ذلك أن نتساءل عن سلامة الأخذ بالمسؤولية العقدية في هذا الموضوع ثم عن الداعي اليه من الناحية العملية . ان القول بمسؤولية

متعهد النقل مسئولية عقدية مبناه ان المتعهد التزم بموجب العقد بإيصال الراكب سالما الى الجهة التي يقصدها وأن اصابة الراكب في أثناء النقل تعتبر في ذاتها الدليل على اخلال الناقل بالتزامه . وقد اكتفى الحكم محل هذا التعليق بتقرير وجود هذا الالتزام دون أن يكلف نفسه مؤونه اثبات وجوده اذ قرر أن « من بين الالتزامات التي يشتمل عليها عقد النقل التزام الناقل ضمنا بسلامة الراكب أثناء النقل الى الجهة المتعهد اليها لأن مثل هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد ويترتب على عدم الوفاء به ضمان الناقل للضرر الناشئ من عدم الوفاء طبقا للقواعد العامة » . فهو قد اعترف بعدم الاتفاق صراحة على هذا الالتزام ، وأسند نشوءه الى اتفاق ضمنى بين الطرفين . ولكن الواقع أنه اذا كان يجوز أن يفرض في الراكب انصراف نيته الى انشاء هذا الالتزام في ذمة متعهد النقل ، فانه لا يمكن افتراض مثل ذلك بالنسبة الى هذا المتعهد لأنه شخص يضع جهوده ومعداته تحت تصرف الركاب لنقلهم من مكان الى آخر دون قصد الالتزام بضمان سلامة الركاب، من كل مكروه يصيبهم في أثناء النقل ، فالقول بأن عقد النقل يتضمن هذا الالتزام فيه تحميل العقد فوق ما يحتمل لأن رضا الطرفين لم ينعقد على هذا الالتزام لا صراحة ولا ضمنا ، وليس في وسع أحد غير المشرع أن يحمل العقد فوق ما يحمله العاقدان .

فهل يفرض المشرع مثل هذا الالتزام على عاتق متعهد نقل الأشخاص ؟ لقد حاولت المحاكم في فرنسا وفي مصر القول بذلك قياسا على النص الخاص بمتعهد نقل البضائع (المادة ٤٨٩/٤٩٨/١٧٨٤ مدنى والمادة ٩٨/١٠٢/١٠٣ تجارى) ، ولكن سرعان ما ظهر لها أن القياس مع الفارق لأن متعهد نقل البضائع يمكنه أن يسيطر على البضائع فيضمن سلامتها في حين أن ناقل الأشخاص لا يستطيع أن يسيطر عليهم حتى يلزم بضمان سلامتهم . ولما ظهر للمحاكم الفرنسية فساد الاستناد الى هذا النص لجأت الى المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ باعتبارهما متضمنتين القاعدة العامة في المسئولية العقدية ، ولم تكن المحاكم أكثر توفيقا في ذلك

دما سلف لأن هاتين المادتين لا تتعرضان لبيان محتويات العقد وما يتضمنه من التزامات وانما تفترضان فحوى العقد ثابتا والاخلال بشيء منه واقعا وتقرران جزاء ذلك التزام المدين بالتعويض ما لم يكن عدم الوفاء راجعا الى قوة قاهرة أو الى أى سبب أجنبي آخر ، فلا غائدة من التحدى بهما للتدليل على احتمال عقد النقل على التزام الناقل بضمان سلامة الركاب . وقد وجه العلامة جوسران هذه الاعتراضات الى قضاء المحاكم الفرنسية (أنظر جوسران فى كتاب النقل الطبعة الثانية نبذة ٨٨٣ وما بعدها) ، وأيده فى ذلك كثير من الشراح (أنظر بران Brun فى كتابه عن المسئوليتين العقدية والتقصيرية والصلة بينهما ، باريس ١٩٣١ ، نبذة ١٨٥ وما بعدها والشراح المشار اليهم فيه) ، فكان حريا بمحكمة استئناف الاسكندرية قبل تقرير وجود هذا الالتزام أن تعبر هذه الاعتراضات شيئا من عنايتها وأن تدلنا على السند القانونى الذى تستند اليه فى تقرير وجود هذا الالتزام .

على أنه اذا لم يثبت لهذا الالتزام سند قانونى ، فإن محكمة الاستئناف تكون قد أخذت به ، كما أخذت به من قبل محكمة النقض الفرنسية ، أى من قبيل السياسة القضائية التى يراد بها تحقيق مقتضيات العدالة ، ويكون حكمها بذلك مفهوما فى ظل التقنين الملقى حيث لم تكن ثمة وسيلة أخرى لكفالة حق الركاب المصاب .

أما فى ظل التقنين المدنى الجديد ، فإن المادة ١٧٨ — التى تنص على مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها غناية خاصة ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يذ له فيه — تكفل للراكب المصاب حقه فى التعويض دون حاجة به الى اثبات خطأ متمهد النقل ودون حاجة الى اللجوء الى قواعد المسئولية العقدية من طريق تحميل عقد النقل التزاما لا يحتمله ، أعنى التزام الناقل بضمان سلامة الركاب .

لذلك يهمننا من ناحية التطبيق القانونى الصحيح أن لا يعتبر حكم

محكمة استئناف الاسكندرية محل هذا التعليق سوى خاتمة تطور هذه المسألة في ظل التقنين المدني الملغى ، بحيث لا يعتبر ما قضى به هذا الحكم مبدأ قانونيا جديدا تسير عليه الأحكام اللاحقة التى ستصدر فى شأن ما يحدث من وقائع فى ظل التقنين المدنى الجديد ، وانما ينبغى على المحاكم أن تعيد النظر فى هذا الموضوع فى ضوء أحكام هذا التقنين دون تأثر بما قرره الحكم محل هذا التعليق .

٢ — تعيين الخطأ العمدى وقيام المسؤولية العقدية وطريقة دفعها :
أثارت المادة ١١٩/١٧٧ مدنى قديم التى تقضى باستحقاق التضمينات عندما يكون عدم الوفاء راجعا الى تقصير المتعهد خلافا فقهيا عندنا ، فـ«سـرناها نحن بما فسر به الفقه والقضاء فى فرنسا نص المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى (راجع رسالتنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية ١٩٣٦ ص ١١١ وما بعدها) أى أن المقصود بها أن مجرد أخلال المدين بالتزامه يعتبر خطأ ويستوجب مسؤوليته ما لم يثبت المدين أن لاخلاله سببا أجنبيا عنه . وقد عارض الدكتور بهجت بدوى هذا التفسير للمادة ١١٩/١٧٧ وكان من رأيه أن مجرد عدم التنفيذ غير كاف لاعتبار المدين مقصرا وأنه يجب على الدائن أن يثبت أن عدم التنفيذ قد وقع بتقصير من المدين (بهجت بدوى فى أصول الالتزامات ١٩٤٣ ص ٤٢٧) . وقد أخذ الحكم محل هذا التعليق بالرأى الذى ذهبنا اليه حيث قرر أن : « نص المادة ١١٩ مدنى قديم ٠٠٠ ينبغى أن يؤخذ فى تفسيره بما فسر به الفقهاء الفرنسيون نص الدتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى ٠٠٠ وأنه من المعروف فقها ويجب الأخذ به قضاء لمطابقته لطبيعة الالتزام أن الخطأ فى السؤولية التعاقدية هو بذاته واقعة الاخلال التى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به . وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هى كل ما يتعين على طالب التعويض اثباته وأنه متى قام باثباتها خاتمه يكون قد أثبت الخطأ الذى تبنى عليه مسؤولية الملتزم ٠٠٠ » .

وقد عنى الحكم فى هذه المناسبة ببيان التفرقة بين الالتزام بغاية

والالتزام بوسيلة وإبراز أثرها فيما يتعلق بإقامة الدليل على ما يعتبر اخلايا بالالتزام أو خطأ عقديا ، فقال ان هذا الخطأ أو الاخلال يتحقق فيما يتعلق بالالتزام بغاية به مجرد عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم دون نظر الى ما قد يدعى بأنه بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التي تعهد بها ، لأن هذا انما يكون بالنسبة الى الالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الاخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومقارنته بسلوك الرجل الحريص ...

ويترتب على تعيين ماهية الخطأ العقدي الذي تقوم على أساسه المسؤولية العقدية تحديد طريقة دفع هذه المسؤولية . فالرأى الذى لا يعتبر مجرد الاخلال بالالتزام خطأ يستوجب المسؤولية يتطلب فوق هذا الاخلال ثبوت تقصير المدين أو على الأقل قيام قرينة على تقصير المدين . وفى هذه الحالة الأخيرة يسمح للمدين بأن ينقض هذه القرينة بنفى الخطأ عن نفسه .

أما الرأى الذى ذهبنا اليه — فلأنه يعتبر مجرد الاخلال بالالتزام بذاته خطأ موجبا للمسؤولية — لا يجيز للمدين أن يدفع هذه المسؤولية بإثبات عدم وقوع تقصير منه . وقد أخذ الحكم محل هذا التعليق بذلك حيث قال « ان خلاصة القول فيما سبق بيانه ان خطأ استأنف... ثابت من مجرد الحادث الذى نشأت عنه اصابة ابنة المستأنف ضده والذى أدى الى وفاتها اذ أن به يثبت حصول الاخلال بالترام الصمان المشار اليه ولا يتطلب الأمر فى هذا الاثبات وزن أفعال المستأنف لتحقيق وجود الخطأ ، ومن ثم فلا محل لأن يقبل من المستأنف دفعه بأنه قد احتاط لمنع وقوع الحادث بوضع جهاز الاطفاء بالسيارة وبوجود تابعيه على مقربة منها وبأن هؤلاء قد بذلوا غاية جهدهم فى اطفاء النار وتخليص المصابة ، وذلك طالما انه قد عجز عن نفى نسبة الحادث الى أمر يتصل به بارجاعه الى عامل خارجى كالسبب القهرى أو القوة الجبرية أو فعل الغير وذلك طبقا لما يتعين على أساسه تفسير شرط الالتزام وحالة الاعفاء من نتائج الاخلال به طبقا للقواعد العامة ... » .

ويلاحظ ان ثمة الخلاف بين الرايين تتركز في تعيين من يتحمل آثار عدم التنفيذ الذي يبقى مجهول السبب ، فطبقا للرأى الأول يخلص المدين من المسؤولية بمجرد نفى الخطأ عن نفسه ولو لم يثبت ان عدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبي . أما الرأى الأى أخذ به الحكم فيؤدى الى بقاء المدين مسئولا اذا بقى سبب عدم التنفيذ مجهولا . أى اذا لم يتم المدين الدليل على السبب الأجنبي واقتصر على التدليل على عدم وقوع خطأ منه .

ومتى تقرر أن مسؤولية المدين لا تدفع الا بالسبب الأجنبي ، تعين البحث ههما يعتبر سببا أجنبيا . ويمكن تعريف السبب الأجنبي بأنه الحادث الذى يجعل وفاء المدين بالتزامه مستحيلا ويكون أجنبيا عن المدين ولا شأن له فيه (راجع رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية ص ١٨٢ و ص ١٨٣) . والسبب الأجنبي جنس له أنواع ، ومن أنواعه القوة القاهرة والحادث الفجائى وخطأ الدائن نفسه وخطأ الغير . وقد ادعى متعهد النقل في هذه القضية ان احتراق السيارة راجع الى قيام شخص مجهول بوضع بنزين فيها في المكان المخصص للركاب وطلب اعتبار ذلك خطأ من الغير وسببا أجنبيا تدفع به مسؤوليته ، ولكن الحكم رفض هذا الدفع وقرر « ان قيام المستأنف باعتباره المدين بالتعويض بهذا الاثبات (اثبات السبب الأجنبي) اذا ما ادعى خطأ الغير يستلزم من جانبه اقامة الدليل على وقائمه كلها ولا يكفى أن يستند فيه الى مجرد نسبة الخطأ الى الغير ممن يحتمل وقوع الخطأ منهم لوجودهم في موقع الحادث لأن الذى تبينته هذه المحكمة من الاطلاع على تحقيق قضية الجنحة ان هذا التحقيق لم يكشف عن السبب الحقيقى ذاته الذى أدى الى حصول الحريق . وأما ما وصفت به النيابة العمومية الحادث ووقائمه ، فانه لا حجية له ولا تنقيده به المحكمة في نظر دعوى التعويض ، ولذا فقد وجب اعتبار الحادث مجهول السبب كما انه لا يمكن نسبته الى شخص معين سواء أكان هو المدين في التعويض والعمال التابعين لم أم أى شخص من الركاب أو سواهم مما يترتب عليه عدم ثبوت السبب الخارجى الذى يستند اليه المستأنف ،

٣ - الخيرة بين المسئوليتين : قرر الحكم أيضا جواز الاستناد في طلب التعويض الى أحد الأساسين ، المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض ، فإذا ما قصرت وسائله عن اثبات عناصر الأولى أمكنه الاستناد الى الثانية عند توافر أركانها ، وهو بذلك قد اعتمد نظرية الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والتعاقدية كأنها نظرية مسلمة لا تحتمل جدلا ، مع أنها في الواقع من الأمور محل خلاف كبير بين الشراح والمحكم في فرنسا وفي مصر (١) .

فالقائلون بالخيرة يستندون الى أن قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام فلا يمنع من تطبيقها وجود عقد بين طرفين ، لأن العقد يضاف اليها في تنظيم العلاقة بين الطرفين ولا يستطيع أن يستبعدا ، فيحق للمتعاقد أن يلجأ اليها في أى وقت اذا لم تسعفه أحكام العقد ، ويرتبون على ذلك أنه اذا كان العقد يتضمن اتفاقا على الاعفاء من المسئولية المترتبة على الاخلال به . يجوز للعقد أن يتخلص من أثر هذا الاتفاق بالاتجاه الى قواعد المسئولية التقصيرية (أنظر في هذا المعنى مصطفى مرعى في المسئولية المدنية ، والسنهورى في الموجز في الالتزامات) .

ويرد خصوم الخيرة ذلك بأن المشرع لم يقصد بوضعه أحكام المسئولية التقصيرية تطبيقها على الاخلال بالالتزامات العقدية ، وانما وضع لهذه أحكاما خاصة . فلا بد إذن من تعيين نطاق كل من النظامين قبل التمسك في دائرة العقد بتعلق قواعد المسئولية التقصيرية بالنظام العام . ومتى كان الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام عقدي ، خرج بطبيعته من نطاق المسئولية التقصيرية ، وخضع في تعويضه الى الأحكام الخاصة به وهي أحكام المسئولية العقدية دون غيرها (أنظر مذكراتنا في الفصل الضار سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ، وراجع بران ص ٢٥٠ وما بعدها نبذة ٢٢٣ وما بعدها ، مازو نبذة ١٩٢ وما بعدها) .

فكان ينبغي إزاء ذلك ألا تكفى المحكمة بمجرد تقرير مبدأ الخيرة ولن

(١) أنظر ما تقدم في ص وما بعدها .

تعرض الى الخلاف القائم بشأنه فتمحصه حتى تخلص منه الى نتيجة
مسببة يمكن الاعتماد عليها .

٤ - سلطة المحكمة في تكيف المسؤولية : جاء في الحكم موضوع
هذا التعليق ، بعد أن قرر عدم ثبوت خطأ على المدعى عليه يستوجب
مسئوليته التقصيرية ، انه « ظاهر من صحيفة الدعوى الحالية ومن دفاع
المستأنف ضده فيها انه يبنى دعواه على العقد والتزامات المستأنف
الناشئة عنه ، فليس ثمة ما يمنع من نظر الدعوى على هذا الأساس » أى
ان المحكمة اعتبرت أنه لولا ان المدعى ذكر في صحيفة دعواه انه يبنى
الدعوى على أساس المسؤولية العقدية وعلى أساس المسؤولية
التقصيرية ، ما جاز لها أن تنظرها على أساس المسؤولية العقدية .

وظاهر ان ذلك يتصل بقضاء محكمة النقض الذى يعتبر دعوى
المسؤولية العقدية دعوى متميزة عن دعوى المسؤولية التقصيرية ومختلفة
عنها في سببها بحيث لا يجوز للقاضى اذا ما طلب منه الحكم على أساس
المسؤولية العقدية (انظر نقض أول فبراير سنة ١٩٤٣ وأول مارس سنة
١٩٤٣ و ٨ مارس سنة ١٩٤٣ وتعليقنا على هذه الأحكام في مجلة
القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ ص ١٨٥ وما بعدها (*)) .

وقد غندنا في تعليقنا المشار اليه وجهة نظر محكمة النقض ، وبيننا
ان الفقه الحديث يعتبر ان السبب في دعوى المسؤولية هو ذات الواقعة
القانونية التى ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، أعنى الاخلال بالالتزام ،
سواء كان الالتزام عقدياً أو تقصيرياً . أما بناء الدعوى على أساس
المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية ، فلا يعدو أن يكون
مجرد تكيف قانونى لهذه الواقعة . وهو بهذه الصفة يملكه المتقاضون
تحت رقابة المحكمة . فإذا أخطأ المدعى في تكيف دعواه ، كان للمحكمة
أن تصحح هذا التكيف بما يتفق مع حكم القانون .

(*) منشور في هذه المجموعة ص ١٢٤ وما بعدها .

وتظهر أهمية ذلك بوجه خاص عند الأخذ بمقدم الخيرة بين المسؤولين ، فإن ذلك يكون معناه أن كلا من المسؤولين التقصيرية والعقدية لها دائرتها الخاصة وإن طلب التمييز أما أن تنطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية وأما أن تنطبق عليه قواعد المسؤولية العقدية . فإذا كيف المدعى دعواه تكييفاً خطأ ، أفيكون ذلك سبباً في رفضها أو يجوز للمحكمة حينئذ أن تصحح التكييف الخطأ وإن تقضى في الدعوى على أساس التكييف الصحيح ؟ لا شك عندنا في جواز ذلك ولذا نعتبر أن المحكمة كانت تستطيع أن تقضى في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم على أساس المسؤولية العقدية — مادامت قد خلصت إلى اعتبار مسؤولية متعهد نقل الركاب مسؤولية عقدية — ولو لم يبين المدعى دعواه على أساس هذه المسؤولية واقتصر على تأسيسها على المسؤولية التقصيرية دون غيرها .

مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى (※)

أصدرت محكمة النقض المصرية حكما خطيرا بجلسة ٢٢ يونيه ١٩٣٦ (٤١) قررت فيه المبادئ الآتية :

١ — ان الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ، ومسئوليته هذه تقصيرية بمعودة كل البعد عن المسؤولية التعاقدية .

٢ — ان قاضى الموضوع يستخلص هذه المسؤولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى بغير رقابة عليه في ذلك .

٣ — ان وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب .

وتتلخص وقائع الدعوى في أن عبد الحميد حمدى أفندى كانت عنده في سنة ١٩٢٨ أثرة التحام (كلويد) مزمنة بمؤخر عنقه ، فاتفق مع الدكتور ألفريد مقار الطبيب بالمستشفى القبطى على معالجته بأشعة اكس ، واستمر العلاج مدة ، ثم شعر عبد الحميد حمدى أفندى بتبيح

(※) منشور في مجلة القانون والاقتصاد ص ٧ عسد يناير ١٩٣٧ ص ١٥٥ وما بعدها وانظر في هذا الموضوع مؤلفنا في المسؤولية المدنية في البلاد العربية سنة ١٩٧١ الجزء الاول في أركان المسؤولية ص ٤٧ ثم ص ٣٦٢ الى ص ٣٩١ .

(٤١) مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ملحق المحدثين السادس والستين ص ٢٤٤ وما بعدها . مجموعة القواعد القانونية للاستاذ محمود غير ج ١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ وبهذا المعنى أيضا استئناف ٢٣ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٢٥٨ — ٨٥ ، المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٦٥ (قرر أن مسؤولية الطبيب عن الخطأ اليسر مسؤولية تقصيرية) ، وأيضا الاسكندرية الابتدائية الاهلية ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ وأيضا ...

شديد في موضع تسليط الإثمة وتورم في العنق ، خرغ الدعوى على الدكتور مقار وإدارة المستشفى القنطى طالبا الحكم بالزامهما متضامنين بأن يدفعوا له مبلغ ألفى جنيه على سبيل التعويض ، وقد رفضت محكمة مصر دعواه ، فاستأنف الحكم ، وقررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم المستأنف والزام المستأنف عليهما متضامنين بأن يدفعوا للمستأنف مبلغ ٥٥٠ جنيه على سبيل التعويض ، فطمعن المستأنف عليهما بالنقض في هذا الحكم ، ومحكمة النقض أيدت الحكم المطعون فيه وقررت المبادئ التى أشرنا إليها .

وبما أن لكل مبدأ من هذه المبادئ خطره ، فقد رأيت أنه ينبغي ألا يدر هذا الحكم بغير تعليق ، لأنه يمس ثلاث مشكلات قانونية جديرة بالبحث والتمحيص . فهو قد فصل أولا في مسئولية الطبيب وطبيعتها ، فاعتبرها تقصيرية غير تعاقدية ، وهذا الاعتبار يصح أن يكون محلا للنظر ، ثم هو قد وسع من سلطة قاضى الموضوع في استخلاص المسئولية وأركانها من الوقائع الثابتة ، فأطلق هذه السلطة من رقابة محكمة النقض ، وهذا التوسيع أو الاطلاق يبدو مخالفا للمبادئ التى قررتها أحكام سابقة صادرة عن محكمة النقض نفسها ، وأخيرا ذهب هذا الحكم في مسئولية السيد عن أعمال تابعة الى حد الاكتفاء بتوافر علاقة التبعية الأدبية ، وفي هذا المذهب من الخطر ما يجيز عدم التسليم به بغير مناقشة وتمحيص ، فلفتناول بحث هذه المسائل الثلاث على التوالى .

المسألة الأولى

مسئولية الطبيب

مذاهبها ونوعها

مدى مسئولية الطبيب : كان الرومان يعتبرون الطبيب كغيره من الناس مسئولاً عن كل خطأ يقع منه في علاج المريض (٤٢) ، أما في

القانون الفرنسى القديم فكانت غالبية الشراح على أن الطبيب لا يسأل الا اذا كان سعى النية ، ولكن المحاكم اختلفت ، فغضى بعضها بمسئولية الطبيب اطلاقا ، وحكم البعض الآخر بعدم مسئوليته أصلا (٤٣) . وانقسم فى شأن ذلك شراح القانون الفرنسى الحديث ، فأيد بعضهم رأى القائل بعدم المسئولية ، وعارضه فريق آخر . وحجة الفريق الأول أنه يشترط أن يكون الفعل الذى تترتب عليه المسئولية ممكنا تقديره على وجه التحقيق ، وقابلا للجزم بثبوت وصف الخطأ فيه من غير شك ، وهذا ما لا يمكن توافقه فى الأعمال العلاجية — ولا سيما فى الطب الباطنى — حيث يتمتع الجزم فيها بأى شئ . ويرد الفريق الآخر ذلك بالاستناد الى عموم نص المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدنى فرنسى الذى يجعل كل شخص — دون استثناء الأطباء — مسؤولا عن تعويض الضرر الذى يترتب على أى خطأ أو أعمال منه .

وقد فكر ديملومت فى الجمع بين الرايين ، فذهب الى وجوب التفرقة فى شأن مسئولية الأطباء بين نوعين من الأعمال : (١) الأعمال التى تصدر عن أى شخص عادى ولا شأن فيها لصفة الطبيب ، وتسمى أعمالا مادية ، (٢) والأعمال الطبية التى تصدر عن الطبيب فقط فى مباشرة مهنته ، وهى التى تعتبر أعمالا فنية . ثم جعل الطبيب مسئولا عن أعماله المادية وحدها دون الأعمال الفنية ، غير أنه لم يسهه أن يعمم مبدأ عدم المسئولية عن الأعمال الفنية ، فسلم بوجود مبادئ أساسية فى علم الطب وحقائق ثابتة معترف بها اجماعا ، تعتبر مخالفتها أو الغلط فى تطبيقها خطأ جسيما يضارع سوء النية من حيث انه لا يجوز اغتفاره ، وأنه يستتبع المسئولية حتما (٤٤) .

وقد تبعه فى ذلك كثير من الشراح ، ففرقوا مثله بين العمل المادى والعمل الفنى ، غير أنهم عمموا الاستثناء الذى أورده ديملومت على

(٤٣) راجع ديملومب ج ٣١ ص ٤٧٠ نبذة ٥٤١ .

(٤٤) ديملومب ج ٢١ ص ٤٧٣ وما بعدها نبذة ٥٤٢ وما بعدها .

سبيل الاستدراك فيما يتعلق بالعمل الفني ، وقالوا ان الطبيب يسأل عن كل خطأ في أعماله المالية ، ويسأل أيضا عن أعماله الفنية اذا وقع منه خطأ جسيم فيها (٤٥) . وأغلب هؤلاء الشراح يقولون ان المحاكم من هذا الرأي ، ويستدل على ذلك بأحكام معينة .

وأهم حكم استندوا اليه جميعا في تدعيم أساس هذه النظرية حكم أساسى أصدرته محكمة النقض الفرنسية (دائرة المرائض) في ٢١ يولييه ١٨٦٢ (٤٦) ، جاء فيه « ان هاتين المادتين (١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدنى فرنسى) قد قررتا قاعدة عامة هي قاعدة وجوب اسناد الخطأ وتعويض الضرر الذى ينشأ عن فعل الانسان ، بل حتى عن مجرد أعماله أو عدم تبصره ، وان هذه القاعدة تسرى على جميع الناس مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم بغير استثناء ، الا في الحالات التى نص عليها القانون بصفة خاصة ، وأنه لا يوجد أى استثناء من هذا القبول بالنسبة للأطباء ، وأنه مما لا شك فيه أن الحكمة تتطلب من القاضى ألا يوغل في فحص النظريات والأساليب الطبية ، وأنه توجد قواعد عامة يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق وتجب مراعاتها في كل مهنة ، وان الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس » (٤٧) ، وكان من رأى هؤلاء

(٤٥) أنظر بيدان ج ٤ نبذة ١١٨٧ ، ديبوج ج ٣ نبذة ٢٦٤ ، لالونبذة ١٦٧ وما بعدها ، قرن جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٧ .
(٤٦) سيري ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، جاء فيه قول المحكمة :
«Vu les art. 1383 du Code Napoléon ; .. Attendu que ces (٤٧) articles contiennent une règle générale, celle de l'imputabilité des fautes, et de la nécessité de réparer le dommage que l'on a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ; .. Que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle, qui ne comporte d'exceptions que celles qui sont nominativement formulées par la loi .. Qu'aucune exception de cette nature n'existe au profit des médecins—; Que sans doute, il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories ou des

الشراح أن هذا الحكم قد غرق بين الأعمال الفنية غنى القضاة عن الخوض فيها ، وبين الأعمال العادية فجعل الأطباء فيها كسائر الناس ؛ ثم استندوا في اشتراط جسامه الخطأ الى حكم آخر أصدرته محكمة استئناف مصر في ٢١ مايو ١٨٦٧ (٤٨) .

غير أنه يلاحظ أن هذه التفرقة بين الأفعال المادية والأفعال الفنية ، ان كانت ميسورة في بعض الأحوال ، هي كثيرا ما تبلغ حدا من الدقة يجعلها متعذرة ، فالطبيب الذى يعود مريضا وهو في حالة سكر مثلا أو وهو مشغول بأمور هامة تملك عليه رشده لا شك في أنه يرتكب خطأ عاديا ، وكذلك يكون الحال اذا امتنع الطبيب عن عيادة مريض في حالة خطرة أو ترك مريضا بعد البدء في علاجه بدون أن تكون مواصلة العلاج ميسورة بمعرفة غيره ، أما اذا أخطأ في تشخيص المرض أو في وصف الدواء فلا نزاع في اعتبار خطئه في هذه الحالة غنيا ، وبالعكس من ذلك ليس من السهل وصف خطأ الطبيب الذى لم يأمر بنقل المريض الى المستشفى في الوقت المناسب ، أو الذى باشر عملية جراحية خطيرة لا لغرض علاجي بل لمجرد ازالة عيوب طبيعية لا أثر لها في الصحة اطلاقا ، فاذا كان بعض المحاكم قد اعتبر مثل هذا الخطأ عاديا (٤٩) ، فانه مما لا شك فيه أن تقدير درجة الخطر في كلتا الحالتين عمل غنى .

واذا غرضنا امكان هذه التفرقة في جميع الأحوال فانه لا يجوز مع

méthodes médicales ; mais qu'il est des règles générales de bon sens et de prudence, auxquelles on doit se conformer avant tout, dans l'exercice de chaque profession, et qu, sous ce rapport, les médecins restent soumis au droit commun, comme tous les autres citoyens...»

(٤٨) مسرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ .

(٤٩) محكمة السين الابتدائية ٢٥ فبراير ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩

١ — ٢٢٤ ، محكمة استئناف نانسى ١٩ يناير ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ١ — ٤١٠ .

ذلك الأنخذ بها ، لأنها لا سند لها في القانون ، بل هي ترجع في أصلها — كما رأينا — الى الرغبة في تحاشي تدخل القضاة في المسائل العلمية الخلافية حتى يكون قضاؤهم مبنيًا على الثابت من المبادئ المقررة . وعلى اليقين لا على الشك ، ثم الى وجوب بث الطمأنينة في نفوس الأطباء وترك الحرية الكافية لهم في اتباع النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها ، ولكن هذين السببين لا يبرران مخالفة حكم القانون الذي يقرر مسئولية كل امرئ عن خطئه مهما كان يسيرا ومهما كان نوعه ، بل انهما في الواقع لا يتعارضان مع تطبيق القانون على وجهه الصحيح ، لأن مؤاخذة المرء عن خطئه اليسير ليس معناها الحكم عليه بمجرد الشك دون اليقين ، اذ لابد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة منهما خفت درجته ، فلا يجوز للقاضي أن يخطئ الطبيب الا اذا وجد في عمله مخالفة لمبدأ طبي من المبادئ الثابتة على وجه التحقيق ، ومادام الأمر كذلك فهو من جهة في غنى عن الدخول في مناقشة النظريات العلمية الخلافية ، والطبيب من جهة أخرى بمنجى من المسئولية متى راعى تلك المبادئ الأولية المقررة ، ولا حرج عليه به . ذلك اذا سائر نظريات حديثة ، عليها مسحة من الواجهة ولما يقطع العلم بعد بصحتها .

أما حكم النقض الذي استخلصوا منه هذه التفرقة بين العمل المادي والعمل الفني . فهو يؤدي ما ذهبنا اليه ، ويعمد كل البعد عما زعموا ، غيوقد أكد أن الأطباء لا يستثنون من المسئولية عن كل خطأ أو اهمال ، وغاية الأمر أنه أثار على القضاة بعدم الامعان في فحص النظريات والأساليب الطبية الحديثة وبالوقوف عند حد المبادئ المقررة التي لا خلاف فيها . فهو لم يشترط وقوع الخطأ الجسيم في الأعمال الفنية ، بل قسم هذه الأعمال الى نوعين : أحدهما يجري وفقا لمبادئ ثابتة مقررة ، ويسأل الطبيب بشأنه عن كل خطأ مهما كان يسيرا . والثاني يتبع فيه النظريات العلمية التي لا تزال محل بحث وتمحيص ، وقد أشارت محكمة النقض على القاضي بعدم التعرض لهذا النوع من

الأعمال الفنية لأن حكمه فيه لا يمكن أن يقوم على اليقين ، ولابد له فيه من سلوك سبيل الترجيح الذي لا يخلو من الشك . وكلا الشقين لا يؤخذ منه وجوب اشتراط الخطأ الجسيم في جعل الطبيب مسئولا عن عمله الفني .

ويظهر أنه كان قد تبادر الى بعض الأذهان أن المحكمة منعت القاضي من النظر في المسائل الفنية كلها وجعلت الطبيب فيها غير مسئول أصلا ، فتصدت محكمة مقرر في حكمها الصادر في ٢١ مايو ١٨٦٧ الى تبديد هذا الظن ، حيث قالت « ان المسئولية تتناول أيضا الأعمال الطبية البحتة ، ولا يجوز في شأنها أن تتمتع المحاكم اطلاقا من النظر فيها بحجة أن فصلها في ذلك يؤدي بها الى التدخل في غصص مسائل تقع في دائرة علم الطب وحده ، بل ان الطبيب في مثل هذه الأحوال يجب أن يسأل عن خطئه الجسيم ، المستخلص من وقائع ناطقة واضحة ، والذي يتنافى في ذاته مع القواعد العامة التي يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق ، تلك القواعد المقررة التي لا نزاع فيها ... » (٥٠) . والمهم هنا في وصف الخطأ ليس الجسامة ، بل استخلاصه من وقائع ناطقة واضحة بحيث يثبت أنه يتنافى في ذاته مع القواعد العامة المقررة التي لا نزاع فيها .

أما وصفه بالجسامة ، فقد ورد عرضا ، وللمحكمة كل العذر في

(٥٠) استئناف مقرر ٢١ مايو ١٨٦٧ مسرى ١٨٦٨ - ٢ - ١٠٦ ، وهذا نص الحثية المترجمة اعلاه :

«Attendu que (la responsabilité) s'applique également aux faits purement médicaux, et qu'on ne saurait, à cet égard, décliner, d'une manière absolue, la compétence des tribunaux, par le motif qu'ils s'ingéreraient dans l'examen de question qui sont du domaine exclusif de la science ; mais que, en pareil cas, le médecin ne peut être tenu que d'une faute lourde, s'accusant par des faits palpables et évidents, constituant, en soi, l'oubli des règles générales de bon sens et de prudence, qui sont hors de discussion...».

أيراده في معرض التشديد في ضرورة ثبوت المبادئ الأولية المقررة التي لا تغتفر مخالفة رجل الفن لها مهما كانت يسيرة .

لهذا كان الرأي الصائب الذي يتفق مع حكم القانون وقضاء المحاكم ويحقق الغرضين اللذين ينشدهما القائلون باشتراط الخطأ الجسيم لجعل الطبيب مسؤولاً عن عمله الفني ، أن يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق ، سواء أكان ذلك الخطأ عادياً أم غنياً ، وسواء أكان يسيراً أم جسيماً (٥١) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على ذلك (٥٢) ، وسأيرها فيه كثير من المحاكم الابتدائية والاستئنافية (٥٣) ، غير أن بعض هذه المحاكم يبدو أنه قد اشترط وقوع خطأ جسيم ، ولكن أغلب هذه الأحكام قد أثبتت على الأطباء أخطاء وصفتها بأنها جسيمة ورتبت عليها المسؤولية (٥٤) ، ويندر صدور الأحكام التي تعفى الأطباء من المسؤولية بناء على أن ما وقع منهم لا يعتبر إلا خطأ يسيراً .

وفي مصر ، غرقت المحاكم بين خطأ الطبيب العسادي وبين خطئه

(٥١) انظر في هذا المعنى سوردا نبذة ٦٧٧ مكررة ، بلانبول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٥٢٤ ، مازو نبذة ٥١١ .

(٥٢) نقض فرنسي (مدني) ٢٩ أكتوبر ١٩٢٠ سري ١٩٢١ - ١ - ١١٩ غازيت القضاء ١٩٢١ - ١ - ٦٨ ، (عرائض) ٢١ يولييه ١٩١٩ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ .

(٥٣) ريو ٥ فبراير ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ - ١ - ٦٤٩ .
(٥٤) استئناف ٢١ مايو ١٨٦٧ مسري ١٨٦٨ - ٢ - ١٠٦ ،

محكمة ديني Digne ١٠ يولييه ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ - ٢ - ٦٥٩ ويعرف موازينيه Voisenet الخطأ الجسيم الذي تقول تلك المحاكم

ان الطبيب يسأل عنه بأنه
c'est la faute avérée, la faute qui saute aux yeux, l'imprudence
manifeste l'incurie notoire, l'erreur évidence.

ويشير في الهامش الى الاحكام التي أوردت هذه العبارات وما يماثلها
(موازينيه ، في الخطأ الجسيم ص ١٤٤ هامش ٤٣) .

الفنى (٥٥) : وقررت أن الطبيب لا يسأل عما يرتكبه من خطأ في تشخيص المرض خصوصاً إذا تشابهت الأعراض (٥٦) ، ولا عن اختياره طريقته في العلاج دون أخرى (٥٦ مكرر) ، ولا عن عدم مهارته في مباشرة عملية جراحية ، إلا أنه يكون مسؤولاً عن خطئه الجسيم مدنياً وجنائياً إذا ثبت أنه لم يتخذ الإجراءات التي يوجبها الفن (٥٧) . ولكن يلاحظ أن المحاكم التي اشترطت الخطأ الجسيم أثبتت في الواقع وجود خطأ من هذا النوع ، بل إن حكم محكمة مصر (جنح مستأنفة) الصادر في ٢ مايو ١٩٢٧ قرر أن الطبيب يسأل عن خطئه الجسيم في مباشرة مهنته ، وأيضاً عن خطئه اليسير (٥٨) . وعندى أن تطبيق أحكام القانون المصرى يؤدي - كما هي الحال في القانون الفرنسى - الى جعل الطبيب مسؤولاً عن كل خطأ يقع منه ويثبت عليه ثبوتاً محققاً (٥٨ مكرر) . وقد حكمت بذلك صراحة محكمة استئناف مصر في ٢ يناير ١٩٣٦ ، بل ذهبت الى أنه بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشددة في تقدير أخطائهم ، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة (٥٩) .

-
- (٥٥) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩١٠ (٢٢ ص ١٢٠) ، ٢٩ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٦٦) بسطوروس ج ٢ ص ٥٤٨ نبذة ٦٥٦ .
(٥٦) استئناف اهلى ١٦ أبريل ١٩٢١ المحللة ٢ - ٣٠ - ١٣ والمحللة ٥ - ٤١٧ - ٢٧٧ .
(٥٦ مكرر) القاهرة الابتدائية الوطنية ٢ أكتوبر ١٩٤٤ المحللة ٢٦ - ١٢١ - ٥٥ .
(٥٧) مصر الابتدائية (جنح مستأنفة) ٢ مايو ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ - ١١ - ٢٠ . الجيزة ٢٦ يناير ١٩٣٨ المحللة ١٥ رقم ٢١٦ ، استئناف مختلط ١٩ نوفمبر ١٩٣٦ (٤٩ ص ١٩) .
(٥٨) حكم الجنح المستأنفة المشار اليه في الهامش السابق .
(٥٨ مكرر) الاسكندرية الوطنية ٢٠ ديسمبر ١٩٤٣ المحللة ٢٤ - ٧٨ - ٣٥ ، مصر الوطنية ٧ فبراير ١٩٢٩ المحللة ١٩ - ١٧٠ - ٣٩٥ .
(٥٩) استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ المحللة ١٦ - ٧١٣ - ٣٣٤ . ثم اخذت بذلك بعد كتابة هذا التطبيق محكمة جنح الازيكية بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩ في قضية الدكتور يحيى الجمال رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ جنح حيث قالت انه من المتفق عليه في الامة الاخرى نقها وقضاء ان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ ، مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ =

نوع مسؤولية الطبيب : المسؤولية المدنية نوعان : تعاقدية وهي التي تنشأ عن عدم الوفاء بالتزام مصدره العقد ، وتقصيرية وهي التي تترتب على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت الى عقد بصفة مباشرة ، وبين النوعين فروق كثيرة ، أهمها ما يتعلق بعبء الإثبات ، فهو أخف كثيرا بالنسبة للمدعى بالمسؤولية التعاقدية ، ثم ما يتعلق بالمدة المسقطه لدعوى التعويض ، فهي المدة الطويلة اذا كانت المسؤولية تعاقدية ، والمدة المسقطه للدعوى العمومية اذا كانت المسؤولية تقصيرية ناشئة عن فعل معاقب عليه جنائيا (المادة ٢٨٢/٢٧٧/٦٣٧ تحقيق جنائيات) ، ثم هناك فروق أخرى من حيث تقدير التعويض ، ومن حيث تضامن المسؤولين ، ثم من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية كلها أو بعضها ، الخ (٦٠) .

والضرر الذي ينشأ عن خطأ الطبيب ، اما أن يصيب مريضا يتولى هو علاجه بناء على طلبه وبموجب اتفاق صريح أو ضمنى بينهما ، واما أن يلحق شخصا آخر ، كما اذا حرر الطبيب شهادة تثبت إصابة

في نفيها أم غير فني ، جسيما أو يسيرا ، فثانوي العقوبات لا يوجد بين مواده نص يحيط الاطباء بسياج تشريعي خاص يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها .

ثم أكدت ذلك محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٧١ (مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ١٠٦٢ - ١٧٩) قالت فيه ان التزام الطبيب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس التزاما بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض ، وانما هو التزام ببذل عناية ، الا ان العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة بقطعة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المبني وجد في نفس الظروف الخارجية . التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادي ايا كانت درجة جسامته .

وفي هذا المعنى ايضا نقض مدني ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض

٢٠ - ١٠٧٥ - ١٦٦ .

٢٠ - راجع أندريه بران A. Brun في مجالات وصلات المسؤولية التقديرية والتقصيرية ، ومؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ١٩٧١ ص ١١ وما بعدها .

شخص — غير طالب الشهادة — بمرض عقلي ، غفى الحالة الأخيرة لا نزاع في أن مسؤولية الطبيب تقصيرية ، وفي الحالة الأولى حكمت المحاكم بذلك أيضا (٦١) ، وسأيرها فيه أكثر الشراح الأولين (٦٢) ، وقد نحا هذا النحو حكم النقض المصري سالف الذكر •

غير أنه متى ثبت أن العلاقة التي تقوم بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية ، وجب تعيين التزامات كل من الطرفين فيها ، واعتبار عدم الوفاء بأى منها خطأ تعاقديا ، تسرى عليه قواعد المسؤولية التعاقدية •

وإذا عرفنا أن المحاكم الفرنسية اعتبرت هذه العلاقة تعاقدية منذ نحو قرن ونصف قرن (٦٣) ، كان من الغريب ألا تجعل الطبيب مسئولا قبل المريض الا اذا وقعت منه جريمة أو شبه جريمة كما لو لم يكن بينهما ارتباط أو تعاقد على أجر يقابله تعهد بعمل شيء •

والواقع أن الاجماع يكاد يكون منعقدا على وجود تعاقد بين الطبيب والمريض ، وإن اختلف الشراح في تكييف هذا العقد وتعيين نوعه (٦٤) • وانما يرجع استمرار المحاكم الفرنسية حتى هذا العام

(٦١) انظر الاحكام الواردة في دالوز العملى في باب المسؤولية المدنية نذرة ٥١٥ وما بعدها •

(٦٢) ديبلومب ج ٣١ نبرة ٥٣٩ وما بعدها ، جليوار في عقد الاجار ج ٢ نبرة ٦٩٦ ، اوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ نبرة ٤٤٦ ص ٣٧٣ ، ومن هذا الراى في مصر الاستاذ مصطفى مرعى في كتابه في شرح المسؤولية المدنية ص ١٧ ، انظر عكس ذلك لوران ج ٢٠ نبرة ٥١٦ ، هيك ج ٨ نبرة ٤١٩ •

(٦٣) فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية باعتبار المريض ملزما باتعاب الطبيب التزاما تعاقديا ، (عرائض) ٢١ أغسطس ١٨٣٩ سبرى ١٨٢٩ — ١ — ٦٦٣ ، انظر ايضا (مئى) ٨ فبراير ١٩٣٢ دالوز الاسبوعى ١٩٣٢ — ٢٠٢ •

(٦٤) راجع في هذا الشأن تقرير النائب العام بول ملتير في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٤ •

على اعتبار مسؤولية الطبيب مسئولية تقصيرية الى طبيعة ما يلتزم به الطبيب في هذا العقد ، والى ما يترتب على ذلك من زوال الفرق في عبء الاثبات بين نوعي المسؤولية . ذلك أن المدين اما أن يتعهد بتحقيق غاية معينة obligation de résultat ، واما أن يقتصر تعهده على بذل سعى obligation de moyen قد يؤدي أو لا يؤدي الى تحقيق غاية معينة (٦٥) ، فالمقاول مثلا يلتزم بتحقيق غاية معينة ، وكذلك متعهد نقل الركاب يلتزم بتوصيلهم سالمين (حسب رأى القضاء الفرنسى) ، أما المحامى فالتزامه يكون ببذل سعى يقصد به الوصول الى كسب الدعوى ، وقد يصيب هذا السعى أو يخيب بلا مسئولية على المحامى ، وكذلك التزام الطبيب هو من النوع الأخير ، فان أحدا لم يقل ان الطبيب يلتزم بشفاء المريض ، وانما المطلوب منه بذل قصارى جهده فى سبيل الشفاء ، ولا حرج عليه اذا بذل ما فى وسعه ولم يتحقق الشفاء على يديه (٦٦) .

ويترتب على هذه التفرقة بين التعهد بالغاية والتعهد بالسعى أن الغاية يعينها الطرفان فى العقد تعيينا دقيقا ، بينما السعى المتعهد به متروك أمره غالبا لاجتهاد المتعهد وذمته وأمانته وللقواعد العامة . فإذا احتاج الدائن الى اثبات عدم الوفاء فى الحالة الأولى سهل عليه اثبات عدم تحقق الغاية المتعهد بها ، واستفاد فى ذلك من قواعد المسئولية التعاقدية فى هذا الشأن ، أما اذا أراد اثبات التقصير على المتعهد بسعى وجب عليه اقامة الدليل على وجه التقصير فى هذا السعى ، ولا سبيل له الى ذلك الا بالرجوع الى القواعد العامة التى تبين حدود هذا السعى ومدى ما يحتاج اليه من جهد وتبصر واحتياط ، فيكون مركزه فى هذه

(٦٥) راجع فى شأن هذه التفرقة بين التعهد بغاية والتعهد بسعى ، ديبوج ه نبة ١٢٣٧ ، ومقال مارتون Marton بهذا العنوان فى المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ الى ص ٥٤٣ . ومقال Claude Thomas بهذا العنوان ايضا فى المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٣٦ ، وهنرى مازو بحث فى تصنيف الاتزامات فى المجلة الفصلية للقانون المعنى ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها .
(٦٦) فى هذا المعنى مصر الابتدائية الوطنية (بهيئة استئنافية) ٧ فبراير ١٩٣٩ المحللة ١٩ - ٩٧٠ - ٣٩٥ .

الحالة من حيث عبء الاثبات شعبيها كل الشبه بحالة المسؤولية
التقصيرية (٦٧) .

وهذا ما حدا المحاكم في فرنسا الى وصفها مسؤولية الطبيب بأنها
تقصيرية ، مع تسليمها بقيام رابطة عقدية بين الطبيب والمريض ، اذ لم
تر غائدة — من حيث عبء الاثبات — من التفارقة بين نوعي
المسؤولية (٦٨) ، وهو كذلك ما يفسر صدور حكم النقض المصرى سالف
الذكر بهذا المعنى أيضا لأنه لم يتعرض الى المسألة الا من ناحية عبء
الاثبات .

أما من حيث التكيف القانوني الدقيق ، فقد رجع الشراح
المعاصرون في فرنسا منذ أكثر من ربع قرن الى المبادئ السليمة ، وقرروا
بتطرح النظر عن غائدة التفارقة بين نوعي المسؤولية من الوجهة العملية ،
أن مسؤولية الطبيب في مثل هذه الأحوال مسئولية متساوية مصدرها
الاتفاق بين الطبيب والمريض (٦٩) ، وتوقعوا أن المحاكم لابد غائدة الى
هذا التكيف متى عرضت عليها المسألة في صورة تكون فيها أهمية عملية
التفارقة بين نوعي المسؤولية .

وقد تم ما توقعوا ، فقد عرضت هذا المسام على محكمة النقض

(٦٧) مازو نبذة ١٤٨ ، أندريه بران A. Brun ص ٢٦٩ .
(٦٨) راجع في هذا المعنى مازو نبذة ١٤٨ ونبذة ٥٠٨ .
(٦٩) كولان وكابيتان الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ٩٢٨ ، بلانيرل وريبير
واسمان ج ٦ نبذة ٥٢٤ ، جوسران الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ١٢٨٧ ، ديوج
ج ٥ نبذة ١٢٣٧ و ج ٦ نبذة ١٨١ ، مازو نبذة ١٤٨ ونبذة ٥٠٨ ، لالو الطبعة
الاولى نبذة ١٦٧ والطبعة الثانية نبذة ٤٢٢ ، ديران
في اتفاقات الاعفاء من المسؤولية ص ١٥٧ وما بعدها ، دينيس
Denisse
تعلق في دالوز الدوري ١٩٢٠ — ١ — ٢٠ ، أندريه بران
A. Brun
نبذة ٢٤٥ ، جان مازن J. Mazen في مسؤولية الاطباء المدنية سنة ١٩٢٤
ص ٣٢ وما بعدها ، نيك وجريه Fick et Perret في شرح قانون الالتزامات
السويسرى ، الملة ٩٩ نبذة ٨ .

الفرنسية قضية مشابهة لما فصلت فيه محكمة النقض المصرية ، غير أن أهمية المسألة انحصرت من الوجهة القانونية في تعيين المدة المسقطه لدعوى التعويض ، فوجب الفصل في طبيعة مسئولية الطبيب ، لأنها ان كانت تقصيرية سقطت الدعوى بها بسقوط الدعوى العمومية المرتبطة بها (بمضى ثلاث سنوات في الجنع) ، وذلك بناء على حكم المادة ٢٨٢/٢٧٧/٦٣٧ تحقيق جنيات (٧٠) ، أما ان كانت هذه المسئولية تعاقدية فمن المسلم به أن حكم هذه المادة لا يسرى عليها ولا تسقط دعوى التعويض الا بمضى المدة العادية التي تسقط بها جميع الدعاوى (٣٠ سنة في القانون الفرنسي و ١٥ سنة في القانون المصري) ، وكانت مصلحة طرفي الخصومة في هذه القضية متوقفة على ذلك ، لأن دعوى التعويض لم تكن رفعت الا بعد مضي ثلاث سنوات من حصول العلاج بالأشعة الذي نشأ عنه الضرر ، وهي المدة الكافية لسقوط الدعوى العمومية عن هذه الاصابة وسقوط دعوى المسئولية التقصيرية تبعاً لها .

فاضطرت المحكمة الى تكليف مسئولية الطبيب من الوجهة القانونية البحتة ، وعلى ضوء اعتبارات جديدة غير الاعتبار القديم الخاص بمعب الاثبات ، وأعارت هذه المسألة عناية خاصة ، وأخيراً بعد اطلاعها على مذكرة النائب العام بول ماتير وعلى رأى مقررها الأستاذ ليون جوسران وبعد مداولة في غرفة المشورة أصدرت حكمها في ٣٠ مايو ١٩٣٦ باعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تعاقدية لا تسقط بسقوط الدعوى العمومية (٧١) ، وقد ورد في أسباب هذا الحكم : « أن الطبيب يرتبسط

(٧٠) نقض مدنى أول مايو ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ - ٧٧٢ - ٢٥٥ وقد جاء فيه أن الدعوى المدنية بالتضمينات الناشئة عن جنابة أو جنحة أو مخالفة والتي لا يجوز اقامتها أمام المحاكم الجنائية بعد سقوط الدعوى العمومية هي التي ترفع أمام المحاكم الجنائية بالذات لا أمام محاكم المواد المدنية .

(٧١) نقض فرنسى مدنى ٢٠ مايو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ١٦ ومعه مذكرة النائب العام P. Matter وتقرير المستشار جوسران وتعليق بتوقيع E.P. ، المجلة المسماة للتأمينات البرية ١٩٣٦ ص ٨٠٤ وما بعدها ، وانظر بحثاً في مسئولية الطبيب بعد حكم النقض المذكور باهضاء C. Faigue في المجلة الانتخابية ١٩٣٧ ص ٦٠٩ وما بعدها ، وانظر أيضاً =

مع المريض الذى يعالجه بمقد حقيقى يلتزم بموجبه لا بشفائه ... بل بمعالجته بذمة وانتباه مع مراعاة المبادئ المقررة فى علم الطب ... ، وان مجرد عدم الوفاء بهذا التعهد — ولو لم يكن متممدا — يستتبع مسئولية تعاقدية ، ولأن دعوى التعويض المبنية على هذا النوع من المسئولية تختلف فى أساسها عن الفعل المكون للجريمة — لأنها ناشئة عن الاتفاق السابق على ارتكاب هذا الفعل — لا يسرى عليها حكم المادة ٦٣٨ تحقيق جنايات ولا تسقط بمضى ثلاث سنوات » (٧١ مكرر) .

ولا شك عندى فى أنه لو كان فى القضية التى فصلت فيها محكمة النقض المصرية أهمية محسوسة للترقة بين نوعى المسئولية ، كما هى الحال فى هذه القضية الأخيرة ، لما ترددت المحكمة فى اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تعاقدية ، كما هو وضعها الصحيح ، وهى لابد واصله الى ذلك فى المستقبل متى اضطرتها الوقائع الى البحث عن هذا الوضع

= نقض فرنسى (عرائض) ١٥ يونيه ١٩٣٧ واول يوليه ١٩٣٧ سرى ١٩٣٨ —
١ — ٥ ، ونقض فرنسى (محنى) ١٨ يناير ١٩٣٨ غازيت القضاء ١٩٣٨ —
١ — ٣١٤ .

(٧١ مكرر) ونميا يلى نص اسباب الحكم :

«Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises par la science; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle; que l'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante échappe, à la prescription triennale de l'art. 638 C. instr. crim.» .

الصحيح . والى أن يتم ذلك ينبغي ألا نبالغ في أهمية هذا الوصف الذي وصفت به محكمتنا العليا مسؤولية الطبيب . وألا نرتب عليه أى أثر ، إذ يغلب أنها حذت فيه حذو المحاكم الفرنسية عندما كانت تعامل مسؤولية الطبيب من حيث عبء الإثبات معاملة المسؤولية التقصيرية ، دون أن تتقدم بذلك إخراجها من دائرة المسؤولية التعاقدية فيما يتعلق بالفوارق الأخرى غير عبء الإثبات (❖) .

(❖) ورجعت محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢٦ يونيو ١٩٦٩ فكيفت مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجها بأنها مسؤولية عقدية وقررت أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ألا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة بغتلة تتفق — في غير الظروف الاستثنائية — مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فبمسال الطبيب من كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقسط في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول (مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ١٠٧٥ — ١٦٦) .

انظر بحثنا في ضبط معيار الخطأ المنشور فيما تقدم ص ٢ وما بعدها .
وانظر في نقدنا لمعيار الظروف الخارجية المشار إليها في حكم النقض سالف الذكر محلضرتنا في حلب ودمشق في ضبط معيار الخطأ المنشورة فيما تقدم في ص ٣٠ وما بعدها ، ومؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنينات الدول العربية سنة ١٩٧١ ص ٢٢٠ نبذة ٨٥ حيث رأينا استبدال معيار الظروف الظاهرة بمعيار الظروف الخارجية وقد أخذت بهذا المعيار صراحة المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٥٧ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ٢ — ٥٩١ — ٦٦ . قرب أيضا (نقض مدني ١٣ مايو ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٧٧٩ — ١٢٢ وأيضا ٢٦ يونيو ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ١٠٧٥ — ١٦٦) .

وانظر في مدى مسؤولية الطبيب مؤلفنا المشار إليه آنفا نبذة ١٤٩ إلى ١٥١ ص ٣٦٧ إلى ص ٣٩١ ويضاف إلى ذلك حكم جنح الإزيكية ٢٦ يونيو ١٩٦٩ الجنحة رقم ١٠٥٤ سنة ١٩٦٧ وقد جاء فيه أنه من المتفق عليه في الآونة الأخيرة مقها وقضاء أن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنيا أو غير فني ، جسيما أو يسيرا . فمقتون المقبوت لا يوجد بين مواده ما يحيط الأطباء بسياج تشريعي خاص يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها ، وذلك أن فكرة التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفنى ، وبين الخطأ الفنى اليسير والخطأ الفنى الجسيم — وهى أصلا من صنع فقهاء القانون المدنى — قد وجدت صداها لدى علماء القانون الجنائي حينما من الدهر فاسترشدوا بها في تأصيل مبدأ الخطأ في المسؤولية واستدلوا منها فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، مع أن القضاء كان قد نبذ في ذلك الوقت التفرقة بين الخطأ في المسائل المدنية والخطأ في المسائل الجنائية اخذاً ببدا وحدة الخطأ =

المسألة الثانية

سلطة استخلاص المسؤولية من الوقائع

بنى الدكتور الفريد مقار طعنه في حكم الاستئناف على عدة أسباب ، منها أن الحكم لم يشتمل على الأركان القانونية التي تقوم عليها المسؤولية المدنية بسبب الأفعال طبقا للمادة ١٥١ مدنى التي رأت المحكمة انطباقها ، وأنه خالف قواعد الاثبات القانونية اذ رفع عن المدعى واجب اثبات دعواه بجميع أركانها وكلف الطاعن اثبات أن الاصابة ترجع لسبب من الأسباب التي جوز الخبراء حصولها منها ، وأنه اضطرب في تعيين نوع التقصير الذى أسنده الى الطاعن ، فتارة يصفه بأنه جسيم وتارة بأنه يسير من باب التسليم الجدلى ، وأنه اكتفى بمجرد احتمال قيام علاقة السببية بين العلاج بالأشعة والحرق الذى ظهر في عنق المصاب ، الخ .

بيئها (راجع نقض ١٤ مارس ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ - ٧٦١ - ٢٩٤) ثم كان لقضائنا حظ السبق في هجر فكرة التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير أو الهين - سابقا القضاء الفرنسى بعشر سنين في ذلك المضمار حينما قضت محكمة استئناف القاهرة بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه وأن الطبيب لا يتمتع بأى استثناء (استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٣٦ ألبجوعة الرسمية ٣٧ - ٢٦ - ٩٢) . وبهذا المعنى جرى قضاء محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٤٣/١٢/٣٠ المحاماة ٢٤ - ٧٨ - ٣٥ ، ثم اقتضى القضاء الفرنسى ذات الاثر حينما ردت محكمة جرينوبل ذات المبدأ مقالته بأنه لا يلزم أن يكون الخطأ جسيما اذ لا يوجد بين نصوص القاتون ما يعنى الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير (١٤ نوفمبر ١٩٤٦ دالوز الاسبوعى ١٩٤٧ ص ١) .

وقد جرت بعد ذلك أحكام القضاء على وجوب مساعلة الطبيب عن خطئه اليسير عانيا كان أم فنيا ، ذلك أنه اذا خالف الطبيب مبادئ الحيلة أو حسن التقدير العامة التي يجب عليه مراعاتها لدى ممارسته عمله . فإنه يخضع فيما يتعلق بهذا الامر لاحكام القاتون ، مظه في ذلك مثل أى شخص آخر من المواطنين ، اذ الجهل بأصول الفن خطأ ينسب الى كل من يمارس فنا من الفنون ولا يوجد في القاتون ما يبرر تمتعهم باستثناء خاص .
انظر أيضا (نقض مدنى ١٩٧١/١٢/٢١ في الطعن رقم ٤٦٤ مسنة ٣٦ في مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ١٠٦٢ - ١٧٩) .

وقد ردت محكمة النقض هذه الأسباب جملة واحدة ، فقالت « وبما أن ما جاء في هذين الوجهين وما استخلصه الطاعن منهما ومن فروعهما ، كله يتعلق بأمور موضوعية بحثة وبدفوع موضوعية أيضا (٧٢) ، لم يسبق تقديمها لمحكمة الاستئناف ، وذلك جميعه مما لا يصح عرضه على محكمة النقض والابرار ، وبخاصة لأن القضية قائمة على تقدير محكمة الموضوع لمسئولية طبيب أضر بمريض عالجه ، وهي مسئولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية ، وقاضى الموضوع يستخلصها من جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه في ذلك ، ويتمين اذن رفض هذا الطعن » .

والمهم في ذلك أن محكمة النقض جعلت سلطة استخلاص المسئولية التقصيرية وأركانها من عناصر الدعوى لقاضى الموضوع وحده من غير رقابة عليه في ذلك ، فكأنها اعتبرت تواغر المسئولية ، ووصف الفعل بأنه خطأ ، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، اعتبرت كل ذلك من المسائل الموضوعية لا من المسائل القانونية ، مع ما في ذلك من مخالفة للمبادئ المقررة بأحكام سابقة . وربما كان سبب ذلك أنها تأثرت برأى قديم كان يعتبر تقدير وقوع الخطأ وعدمه مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض الفرنسية أخذت منذ نحو عشرين عاما تمتد سلطانها وتفرس رقابتها على تقدير الوقائع التى يثبتها قاضى الموضوع حتى تتحقق من صحة استنباط الخطأ من هذه الوقائع ، فحتمت على محكمة الموضوع أن تبين العناية التى كان يجب على المتسبب في الضرر بذلها فأهملها ، وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من ائرقابة على صحة الاستنباط ، وكذلك جرت أيضا على الغاء جميع الأحكام التى لم تبين تواغر رابطة السببية ، وجعلت لنفسها حق الرقابة على تقدير تلك الرابطة (٧٣) .

(٧٢) ويلاحظ أن الطاعن كان قد دفع أيضا بوجوب تطبيق أحكام المسئولية التعاقدية بدلا من المسئولية التقصيرية .
(٧٣) راجع كتابنا في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٤ وهامش ٣ من ص ١٥ من الطبعة العربية ، و ص ٨ وهامش ٥ من ص ٩ من الطبعة

وقد سبق لخدمة النقض المصرية نفسها أن أخذت بهذا الرأي الحديث وقررت باستمرار في كثير من أحكامها ، إذ نصت صراحة على « أن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور التي تدخل في سلة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره ، أما ارتباط الفعل أو الترك بأضرار الناشئة ارتباطا بالسبب والسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض » (٧٤) ، وكذلك سبق لها أن اعتبرت وصف الخطأ بأنه تعاقدي

الفرنسية ، وانظر أيضا نقض فرنسي (مدنى) ٩ يوليه ١٩٣٥ سرى ١٩٣٦ — ٢٩ — ١ .

يضاف نقض مدنى ٣ يونيو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ١٧. — ٦١ ونقض ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحللة ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ ، نقض مدنى ٣ يونيو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٤٩٧ — ٢٠٨ .

ويضاف أيضا نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٨٦٤ — ١٥٧ و ٩ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ وأيضاً ٢٩ يونيو ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ — ١٤٥٤ — ٢٧٦ و ٢٨ مارس ١٩٧٧ في الطعن رقم ٤٣٨ سنة ٤٣ ق مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ .

ويضاف نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٨٠ في الطعن رقم ٥٦١ سنة ١٩٤٩ ق وقد جاء فيه أن تكيف الفعل بأنه خطأ من عسبه يخضع لرقابة محكمة النقض ولكن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع مادام استخلاصاً سابقاً ، وأيضاً نقض مدنى أول يناير ١٩٨١ في الطعن رقم ٢٥ و ٢٨ سنة ٥٠ ق وقد جاء فيه أنه لما كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في وصفها للفعل أو الترك بأنه خطأ مما يستوجب المسئولية المدنية أو غير خطأ وكان ما وصفه الحكم المطعون فيه بأنه خطأ تقصيرى من الطاعة وهو مجرد استلزامها عين النزاع سنة ١٩٧٥ من المؤسسة العاملة للطاعة لا يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانونى فلن الحكم إذ قضى بمسئولية الطاعة مسئولية تقصيرية وعلى هذا الأساس إلزامها بالتعويض للمطعون عليه الأول بتضامته مع الطاعة في الطعن رقم ٢٨ سنة ٥٠ ق يكون فضلاً عن قصوره مخطئاً في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه .

(٧٤) نقض مصرى (مدنى) ١١ يناير ١٩٣٤ مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ملحق العدد الثالث ص ٥٣ المحللة ١٤ — ١ — ٢١٩ — ١٢٢ ، وانظر أيضاً نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحللة ١١ — ٨١٢ — ١٧ ، نقض (مدنى) ٩ أبريل ١٩٣٦ مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ملحق =

أو تقصيرى من المسائل القانونية الخاضعة لرقابتها (٧٤ مكرر) •

فكان جديرا بمحكمة النقض أن تثبت على هذه المبادئ التى سبق أن قررتها ، ولا سيما أنها تؤدى الى توسيع سلطتها لا الى تضييقها كما فعل الحكم الأخير الذى نحن بصدده (*) •

المسألة الثالثة

مسئولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب

كانت محكمة الاستئناف قد أثبتت قيام نوع من الشركة بين الدكتور ألفريد مقار وادارة المستشفى القبطى ، حيث ظهر لها أن آلات وعدد قسم الأشعة كان يملكها المستشفى ، وأن الدكتور مقار كان يستعملها ويستخدم موظفى المستشفى ، وأن ايراد المعالجة بالأشعة كان يقسم مناصفة بين الطرفين ، فحكمت بناء على ذلك باعتبار الطرفين

= العددين السادس والسابع من ١٧٦ ، نقض (مدنى) ٢١ مايو ١٩٣٦ المرجع السابق ص ٢٢٢ •
 يضاف نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ الحماية ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ •
 و ٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٥ — ٨٧ •
 (*) يضاف ايضا فيما يتعلق باعتبار رابطة السببية من مسائل الواقع التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع (نقض مدنى مصرى ١١ مارس ١٩٤٨ التشريع والقضاء ١ — ١٦٠ — ١٨ الحماية ٢٩ — ٣٥٢ — ١٩١ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٥٦٥ — ٢٨٧) وكذلك ٢٧ أبريل ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ — ٤٠٤ — ٥٧ ، ٢٠ مايو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ٦١٤ — ٩٩ ، ٣٠ يونيو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ٨٧٠ — ١٣٧ ، نقض جنائى ١٤ يونيو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٧ — ٨٠٦ — ١٥٢ ، ونقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٦٢٩ — ٢٣٠ ، وايضا ٣٠ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ — ١١ — ٣ ، ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٠٦٢ — ١٧٩ ، ٢١ ديسمبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١٥١٥ — ٢٥٧ ، ٢٩ يناير ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٤٧٤ سنة ٤٦ فى مجموعة أحكام النقض ٣١ — ٣٥٦ — ٧١ •

« شريكين في المسؤولية المدنية وفي تعويض الضرر الذى أصاب المستأنف » .

قطعت إدارة المستشفى في هذا الحكم بأنه أخطأ حين قرر مسئوليتها على اعتبار الطبيب شريكا لها بمقتضى عقد الاتفاق المؤرخ في ٣٠ سبتمبر ١٩٢٦ مع أن هذا العقد لا يفيد سوى استئجار المستشفى للطبيب واستئجار الطبيب لقسم الأشعة ، وقالت ان هذا النظر يكون من جهة مخالفا لعقد الاتفاق المتقدم ذكره ، ويكون من جهة أخرى مخالفا للقانون ، اذ أن المادة ١٥١ فقرة ثانية من القانون المدنى لا تجعل مثل المستشفى مسؤولا عن تقصير الأطباء الموظفين فيه .

لهدت محكمة النقض على هذا الوجه من الطعن بقولها :

« وبما أن هذا الذى استخلصته محكمة الاستئناف ، سواء أصحت تسميته شركة بين الدكتور مقار وبين المستشفى القبطى قوامها أن يقدم الدكتور خدمته الفنية للمرضى الذين يفدون على المستشفى مستعينا بالخدم والآلات التى فيه ، ويقوم المستشفى بدفع نسبة من الدخل الذى يحصله عن تلك الخدمة كما هو منحه الحكم ، أم صحت تسميته توظيفا للطبيب أو استئجارا منه لأدوات المستشفى وخدمته كما هو منحه تقرير الطاعن ، سواء أصحت هذه التسمية أم تلك ، فإن الظروف التى جمعها الحكم فى الفقرة المقتبسة ، وفيما سرده من وقائع الدعوى الحالية بخصوصها ، تدل على وجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل ما فيها أنها علاقة غيها رضى ذو الفن أن يكون تابعا أدبيا لإدارة المستشفى ، وتلك علاقة مقطوع قانونا بأنها تحمل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب » .

والراى عندي أنه لا غبار على حكم الاستئناف من حيث الزامه الطرفين بالتضامن باعتبارهما شريكين ، اذا صح تكييف العلاقة بينهما على أنها شركة . ولا شك في أن هذا التقدير خاضع لرقابة محكمة

النقض . غلو أن هذه المحكمة اقتنعت بصحته لما احتاجت الى مسائره الطاعن في اعتبار هذه العلاقة توظيفا للطبيب ، ولا الى القول بأنها تجعل الطبيب تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، بل الواقع أن محكمة النقض لم تقر التكييف القانوني الذي كيفت به محكمة الاستئناف هذه العلاقة : فأعطتها وضعا جديدا ، واعتبرتها علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى كعلاقة التابع بالسيد ، ونحن هنا نتعرض للحكم من هذه الناحية وحدها (٧٥) .

من المسلم به أنه يشترط لاعتبار الشخص تابعا لغيره أن يكون المتبوع قد عينه في عمل له وأن يكون له عليه حق الرقابة والتوجيه .

وتنشأ علاقة التبعية بصفة عامة عن عقد ايجار الأشخاص ، ولكن العبرة في قيامها ليست بطبيعة العقد الذي يربط الطرفين ، وانما المعول عليه حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره (٧٦) . وقد ميزت المحاكم بين نوعين من الرقابة يختلف كل منهما من حيث كفايته في انشاء علاقة التبعية . فالنوع الأول رقابة عامة ، الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط العمل المتفق عليها ، والنوع الثاني يقتضى التدخل في وسائل تنفيذ العمل وفي طريقة ادارته ، وتعتبر الرقابة التي من النوع الثاني فقط منشئة لعلاقة التبعية ، لا الرقابة التي من النوع الأول (٧٧) . وبناء على ذلك حكم بأن شركة السكك الحديدية لا تسأل عن الحوادث التي تقع في أثناء قيام متعهدا بالعمل الذي تعهد لها به ، متى ثبت أن

(٧٥) راجع في هذا الشأن كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٦ وما بعدها من الطبعة العربية ، و ص ٤١٥ وما بعدها من الطبعة الفرنسية ، ورسالة الدكتور محمد حلمي بهجت بدوى في مسؤولية السيد (باللغة الفرنسية) ص ٦٧ وما بعدها .

(٧٦) نقض فرنسي (جنلئى) ٦ أغسطس ١٩٣٥ غزيت القضاء . ١٩٣٥ - ٢ - ٦٦٣ .

(٧٧) انظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد حلمي بهجت بدوى في مسؤولية السيد ص ٩٣ وما بعدها .

الرقابة التي كانت للشركة على هذا العمل لم يكن الغرض منها سوى التحقق من حسن تنفيذ الشروط المقررة للعمل ، وأنها لم تكن تقتضى أى تدخل فى إصدار التعليمات للعمال ، ولا فيما للمقاول من سلطة إدارة العمل (٧٨) ، كما أنه حكم أيضا بأن عقد المقاولة يجعل المقاول تابعا لشركة السكك الحديدية مادام قد نص فيه على التزام المقاول باتباع جميع الأوامر والتعليمات التي يصدرها اليه كبير مهندسى الشركة أو قلم هندستها فيما يتعلق بطريقة تنفيذ المقاولة (٧٩) .

يتضح من ذلك أن من كان له فى عمله استقلال يخرج عن سلطة غيره لا يعتبر تابعا لذلك الغير (٨٠) ، وقد حكمت بذلك المحاكم المصرية اذ قررت أن المقاول رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل ، وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده ما يراه لا مكان الوصول بالمقاولة الى النهاية المشترطة عليه فى العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفني فى عمله بل المقاول هو المسئول وحده (٨١) .

ومتى كان للسيد حق الرقابة على أعمال تابعه ، فلا عبرة بعد ذلك باستعماله حقه فى هذه الرقابة وإصدار الأوامر كثيرا أو قليلا ، ولا بعدم استعماله اياه مطلقا ، لأنه فى كلتا الحالتين يكون مسئولا عن أعمال تابعه ، وانما يشترط فقط أن يكون السيد قادرا على مباشرة هذا الحق ، فان لم

(٧٨) Nimes ٢٣ يناير ١٩٢٤ دالوز الاسبوعى ١٩٢٤ —

٢٢٢ .

(٧٩) نقض فرنسى (عرائض) ١٠ نوفمبر ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ — ١ —

١٢٢ .

(٨٠) راجع مصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية ص ١٩٠ نبذة ٢٠١ .

(٨١) محكمة مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المحللة ٧ — ٥٨٤ —

٢٨٩ ، استئناف ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ١١٩ ، الموسى الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجموعة ناصر رقم ٥٤٦٢ ، استئناف مخطط ٢٤ يونيو ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٥٩) ، ٢٢ نوفمبر ١٩١٦ (٢٨ ص ٧٤) .

يكن ذلك في مقدوره بسبب ما للخدمات المنوطة بالتابع من صبغة فنية مثلا ، تحذر القول بأن للسيد فضلا حق الرقابة على عمل التابع الفني وعلى وسائل تنفيذه ، وانعدمت بينهما علاقة التبعية فيما يتعلق بتنفيذ العمل الفني (٨٢) . وقد طبق الأستاذ والتون ذلك على حالة الطبيب ، فقرر صراحة أنه لا يوجد بين ادارة المستشفى والطبيب ذلك النوع من العلاقة الذي يجعل الانسان تابعا لغيره ، لأن ادارة المستشفى لا سبيل لها الى رقابة طريقة قيام الطبيب بواجباته ، فيجب ألا تسأل عن اهماله أو عن عدم مهارته في اجراء عملية جراحية مثلا (٨٣) . وحكمت المحاكم المصرية بأن ادارة المستشفى لا تسأل عن أخطاء الطبيب الا اذا كان غير حائز للمؤهلات الفنية ، وأن الطبيب لا يعتبر على العموم تابعا للجهة التي يعمل فيها الا اذا كان مدير تلك الجهة طبيا مثلا حتى يمكنه رقابة عمله (٨٤) . غير أنه فيما لا يتصل بصميم عمله الفني يصح أن يبقى الطبيب خاضعا لرقابة من استخدمه ، فيعتبر تابعا له فيما يتعلق بأداء الواجبات العامة التي تفرضها عليه وظيفته (٨٥) .

فاذا نظرنا الى علاقة الدكتور مقار بالمستشفى القبطي كما استخلصتها محكمة الموضوع ، وجدنا الدكتور مستقلا في عمله وخارجا

(٨٢) نقض فرنسي (جنائي) ٢٨ يونيه ١٩٣٤ سري ١٩٣٤ - ١ - ٣١٦ .

(٨٣) والتون مذكراته في المسؤولية المدنية ص ٨٥ ، وفي هذا المعنى ايضا بودري لاكتنيزي وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٢ .
(٨٤) مصر الاهلية ٤ فبراير ١٩٣٥ المحللة ١٦ - ١٨٩ - ٨٤ ، استئناف مختلط ١٥ فبراير ١٩١١ (٢٣ ص ١٨٢) . وقد حكمت بعكس ذلك محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مارس ١٩٢٢ (٢٤ ص ٢٤٠) حيث اعتبرت مالك الصيدلية غير الفني مسؤولا عن الخطأ الفني الذي وقع من مستخدمه الصيدلي ، ولكنها لم تستطع أن تبني حكمها على ما للمالك من حق الرقابة على عمل الصيدلي ، بل التجأت في ذلك الى فكرة الغرم بالغفم ، وهي فكرة نراها بعيدة كل البعد عن أن تكون أساسا لمسئولية السيد ولا سيما في القانون المصري .

(٨٥) استئناف ديجون ١٨ مارس ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٢٤ سري ١٩٠٦ - ٢ - ١٧ ، استئناف بو Pau ٣٠ يونيه ١٩١٢ دالوز ١٩١٥ - ٢ - ٤٩ ، وفي هذا المعنى ايضا والتون ص ٧٦ .

عن سلطة ادارة المستشفى ، ثم اذا سلمنا جسدا باعتباراه موظفا في المستشفى ، فان الخطأ الذى نسب اليه خطأ غنى بحث ، وهو تجاوزه عدد جلسات العلاج بالأشعة التى كان يجب أن يقف عندها • وبما أن الجمعية الخيرية التى تدير المستشفى انما تقوم بعمل انساني وليست لها صبغة فنية ، فليس في مقدورها أن تراقب عمل الطبيب الفنى وأن تتدخل فيه وتصدر اليه الأوامر والتعليمات في طريقة تنفيذه — لو فرضنا أن العقد الذى بينها وبينها يخولها هذا الحق ، فلا محل إذن لجعلها مسئولة عن خطأ الطبيب في عمله الفنى (٨٦) •

أما تقرير حكم النقض هذه المسئولية بناء على « أن ظروف الدعوى تدل على وجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل ما فيها انها علاقة فيها رضى ذو الفن أن يكون تابعا أدبيا لإدارة المستشفى » فلا يتفق مع المبادئ المسلم بها ، لأن الحكم جعل أساس علاقة التبعية رضا ذى الفن بأن يكون تابعا أدبيا لإدارة المستشفى ، مع أن هذا الرضا من جهة التابع — لو صح — (٨٧) لا يكفي لجعل المتبوع مسئولا ، وانما العبرة بقبول السيد لهذه التبعية وبثبوت حق الرقابة التنفيذية له وبمقدرته على مباشرة هذا الحق من الوجهة الفنية •

وكانى بمحكمة النقض ، وقد شعرت بعدم توافر هذه الشروط في ادارة المستشفى ، نظرت الى المسألة من ناحية الطبيب ، واكتفت باثبات رضاه بأن يكون تابعا أدبيا لإدارة المستشفى ، مع أن علاقة التبعية التى تترتب عليها المسئولية انما هى التى تجعل التابع خاضعا لأوامر سيده ، بحيث ينفذ هذه الأوامر بغير أن يكون له في تكليفها أى نصيب من

(٨٦) انظر في هذا المعنى دوييه ١٦ مايو ١٩٣٦ دالوز الاسبوعى

١٩٤٦ — ٤٣٥ •

(٨٧) قضت محكمة جنح بيتيم Béthume في ٧ فبراير ١٩٣٦ بأن تنازل

الطبيب عن استقلاله الفنى غير صحيح قانونا (دالوز الاسبوعى ١٩٣٦ —

٤٣٦) •

التفكير الشخصى ، بل ان شخصيته تمحى فى شخصيته سيده « بحيث يجعل عينه وفراعه فى خدمة عقل سيده وارادته » (٨٨) ، ولذلك سمى هذا النوع من التبعية تبعية مادية *dépendance physique* للدلالة على وجوب التشدد فى تقصى هذه العلاقة الى أبعد حدود التشدد ، وهذا ما أخذت به المحاكم فى غرنا (٨٩) .

وقد انتقد الأستاذ سافاتييه ذلك ورأى الاكتفاء بالتبعية الاقتصادية *dépendance économique* بدلا من التبعية المادية ، ويقصد بها التمويل على مركز التابع الاجتماعى من حيث انه مضطر لكسب عيشه من عمله اضطارا يجعله تابعا اقتصاديا لرب العمل (٩٠) . غير أن فكرة هذه التبعية الاقتصادية تتصل بمبدأ المسؤولية الشيئية عن المخاطر المستحدثة التى يعتبر الأستاذ سافاتييه من أشد أنصارها تحمسا ، وهذا وحده كان سببا كافيا لرفض المحاكم الأخذ بها (٩١) . وغوى ذلك قد بين الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى أن هذه الفكرة ليست صحيحة فى ذاتها ، وانها تتعارض مع المبادئ المقررة ، اذ التسليم بها يتنافى مثلا مع حق السيد فى الرجوع على تابه بمبلغ التعويض (٩٢) .

ولا نظن أن محكمة النقض المصرية قد قصدت التمويل على هذا النوع من التبعية ، أى التبعية الاقتصادية ، لأن الطبيب فى مركز يجعله باى حال بعيدا عن الاضطراب للعمل بالمستشفى ، أما وصفها التبعية

(٨٨) بلرنتان فى شرح أوبرى ورو ج ٦ ص ٢٨٢ هابش ١٥ ثالث .
(٨٩) راجع رسالة الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ وما بعدها .
(٩٠) أنظر تعليق الأستاذ سافاتييه فى دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ٧٣ .
(٩١) استئناف ديجون أول مارس ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٣٣٦ ، ٢٦ مايو ١٩٢٦ غازيت القضاء ١٩٢٦ - ٢ - ٣٢٦ . وأنظر الأحكام الأخرى التى فكرها الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى فى رسالته ص ٨١ وما بعدها .
(٩٢) المرجع السابق ص ٨٣ وما بعدها .

التي تترتب عليها المسؤولية بأنها أدبية فلا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، لأن ذلك قد يؤدي الى توسيع دائرة التبعية وتراخيها الى أقصى حدود التراخي ، فيصبح مثلاً رئيس كل جمعية أو حزب سياسى مسؤولاً بصفته عنه عن أعمال أعضاء الجمعية أو أنصار الحزب لأنهم كلهم يعتبرون تابعين له أدبياً ، ومن المؤكد أن محكمة النقض لم تقصد هذه النتيجة ، ويؤكد ذلك أنها وصفت هذه التبعية الأدبية بأنها « علاقة مقطوع قانوناً بأنها تحمل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب » ، وهذا الاجماع الذي تشير اليه محكمة النقض لم يثبت الا للتبعية المادية (٩٣) *dépendance physique* وبالنسبة فقط لتقصير الطبيب في واجباته العامة التي تفرضها عليه وظيفته ، ولم ينصرف قط الى تبعية الطبيب بالنسبة لعمله الفني ، ولا الى تلك التبعية التي قالت عنها المحكمة انها مجرد تبعية أدبية .

(٩٣) وقد اوضحت محكمة جنح الازبكية هذه التبعية المادية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ الواردة اسفله فيما يلى في ص ٣٣٧ .

مسئولية الطبيب الاخصائى (*)

مسئولية الطبيب الاخصائى وكيفية تقدير خطئه : الطبيب خاضع من حيث مسؤوليته للقواعد العامة ، فيسأل عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق (١) ، سواء أكان ذلك الخطأ عاديا أم غنيا ، وسواء أكلن يسيرا أم جسيما (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى مسؤولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ ص ١٦١ وما بعدها) ، وقد حكمت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٢ يناير سنة (المحاماة ١٦ - ٧١٣ - ٣٢٤) ، ثم أضافت اليه أنه بالنسبة للأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا خصوصا اذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال فى المعالجة .

ويظهر بادى الرأى أنه من الصعب التوفيق بين اعتبار المحكمة كل طبيب مسئولا عن أى خطأ يقع منه سواء أكان ذلك الخطأ يسيرا أم جسيما ، وبين تقريرها وجوب استعمال منتهى الشدة مع الأطباء الاخصائيين وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا ، لأنه مادام كل طبيب مسئولا عن خطئه اليسير ، فليس فى محاسبة الاخصائى عن مثل هذا الخطأ أى تشديد عليه زيادة عن غيره .

ولكن بالتأمل يتضح أن محكمة استئناف مصر قد أصابت فيما نهبت اليه . لأنه اذا كان كل من الطبيب العادى والاخصائى يسأل عن خطئه اليسير بدون فرق بينهما من حيث درجة الخطأ التى يسأل عنها ،

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد من ٧ عدد أبريل سنة ١٩٣٧ ص ٦٤٥ وما بعدها . انظر ما تقدم فى ص ٣٠٩ وما بعدها .
(١) انظر فى وجوب أن يكون خطأ الطبيب ثابتا على وجه التحقيق
رسالة Voisenet فى ميس ١٩٣٤ ص ١٢٦
وما بعدها .

فان طريقة تقدير الخطأ تختلف بالنسبة لكل منهما ، اذ من المسلم به أن الخطأ يقاس بمعيار موضوعي لا شخصي ، وأن المعيار الموضوعي يقتضى مقارنة مسلك الفاعل بمسلك الرجل اليقظ اذا وجد في ظروف خارجية مماثلة لظروف الفاعل بصرف النظر عن العوامل الداخلية الخاصة بشخص الفاعل (السنهوري في النظرية العامة للالتزامات ج ١ ص ٩٥٤ نبذة ٨٥٠ ، مازو نبذة ٤٣٣ وما بعدها ، سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٤ و ص ٢٠٧ وباللغة الفرنسية ص ٨ و ص ٢٠٥) ، والمقصود بالظروف الخارجية الظروف الظاهرة للملا بحيث يعرفها الناس بغير حاجة الى معاملة الفاعل وخص نيته ، لا كما يقول الأستاذان هنري وليون مازو انها الظروف غير المتعلقة بشخصية الفاعل ومميزاته البدنية والأدبية (مازو نبذة ٤٦٠) ، فاذا طبقنا ذلك على الأطباء كان مقياس مسلك الطبيب العادى طبييا عاديا مثله ، ومقياس مسلك الاخصائى اخصائيا مثله ، لأن التخصص وان كان صفة تدل على زيادة العلم - وهو أمر باطن - الا انها صفة خارجية من حيث انها ظاهرة للملا وتحمل الناس على زيادة الثقة بالطبيب الاخصائى ، فيجب أن يقيم لهذه الصفة وزن في تقدير خطأ الاخصائى ، فيقارن تصرفه بمسلك طبيب اخصائى مثله ، ويحاسب عن كل ما يعتبر من الاخصائى خطأ ولو يسيرا ، وان كان وقوعه من طبيب غير اخصائى لا يعتبر خطأ ، وهنا وجه التشدد في تقدير خطأ الاخصائى (❖) .

(❖) وقد قضت بذلك ايضا بعد اكثر من ثلاثين سنة محكمة جنح الازبكية رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ جنح بتاريخ ١٩٦٦/٦/٢٦ (في قضية الدكتور يحيى الجبال التى تقدمت الاشارة اليها) ، فقالت بعد أن عرضت ما رآته خطأ في مسلك الطبيب المتهم : « وبالأخص وانه اخصائى في فنه يطلب ببذل عناية اكبر من التى يطلب بها الاطباء العموميون . فالمرضى لا يلجأ الى الاخصائى عادة الا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقرر أن حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصة . فالأخصائى يجب أن يكون على الملم تام بأصول فنه ويجب أن يتوخى غاية الحسّر في أمور علاجه . وقد قضى أنه بالنسبة للأطباء الاخصائين ، فانه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا ... » .

وقالت محكمة النقض في ذلك أن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول (نقض مننى ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة =

= أحكام النقض ٢٢ - ١.٦١ - ١٧٦ ، وأيضا ١٩٦٩/٦/٢٠ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١.٧٥ - ١٦٦ .

وقد أوضحت محكمة جنح الأزبكية هذه التبعية المادية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ في قضية الدكتور يحيى الجبال رقم ١.٠٥٤ سنة ١٩٦٧ التي تقدمت الإشارة إليها وقلت في هذا الشأن :

وحيث أن الثابت من الأوراق ومن شهادة أطباء شركة مصر للبترول أن الطبيب المتهم الدكتور كانت الشركة المذكورة قد تصافتت معه بمصفته أخصائيا في أمراض العيون على أن يتولى توقيع الكشف الطبى على العاملين فيها وأجراء ما يراه بشأنهم من علاج ، فالثابت أن المدعى بالحق المذني قد أحيل إلى الدكتور الجبال بناء على أمر من طبيب الشركة القيم ، كما أن الدكتور الجبال قدم أوراقا تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وبين شركة مصر للبترول وقدمت الشركة نفسها من بين أوراق الملف الطبى الخاص بالمدعى بالحق المذني لديها ما يفيد ذلك .

وحيث أنه متى كان ذلك فإن الطبيب .. يعتبر في كل حالة تعرضها عليه الشركة تلعبا لها حتى فيما يعتبر من صميم فنه ، إذ لا خير في أن تلحق صفة التبعية أشخاصا ينطوي عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع ، فتقتصر بذلك رعايته على مجرد التوجيه العام ، وهو وضع مسلم به بالنسبة إلى قائد السيارة مثلا في علاقته مع رب العمل ، فلماذا يرفض في علاقة الطبيب بالشركة التي تكلفته العمل ؟ لأن الطبيب يشغل مركزا اجتماعيا خاصا ؟ ولكن متى كان المركز الاجتماعى أو الأدبى ذا تأثير في وجود رابطة التبعية أو عدم وجودها . وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض كلف لتحصيل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (إشارة إلى حكم النقض المعلق عليه آنفا في ص ٣٣٧) .

وحيث أنه لا يغير من هذا الوضع القانونى كون الطبيب المتهم لا يعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبترول ، لأن علاقة التبعية ، وإن كانت تقوم في كثير من الحالات على عقد الخدمة ولكنها لا تقتضى حتما وجود ذلك العقد بل هي لا تقتضى أن يكون التابع مأمورا من المتبوع على نحو دائم أو أن يكون مأمورا على الإطلاق ، فلا ضرورة إذن في قيام علاقة التبعية أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلا بين الاثنين وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ مدنى ما هو المقصود بعلاقة التبعية إذ نصت على ما يأتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رعايته وتوجيهه » . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع ، فهي سلطة فعلية وليس من الضروري أن تكون شرعية ، بل يكفي أن تكون فعلية . ومادام المتبوع يستطيع أن يستعمل تلك السلطة حتى لو لم يستعملها بالفعل فهذا كلف في قيام علاقة التبعية . ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصفة على الرقابة والتوجيه . وقد تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفعلية بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه » .

(ثانيا) — المسئوليات المفترضة

(أ) مسئولية الراعى :

- ١ — الاب .
- ٢ — المربي .
- ٣ — المدرسة .

(ب) مسئولية السيد عن فعل تابعه .

(ج) مسئولية حارس الاشياء .

(١) مسئولية الراعى المفترضة

١ — مسئولية الأب :

مسئولية الأب عن أعمال ولده وأساسها (*) : نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسئولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، وخصت بالذكر فى الفقرة الثانية مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه • وبناء على ذلك يسأل الأب فى القانون الفرنسى عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة •

أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب ، اكتفاء بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشئ للخير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) • وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب الحرفة والمخدوم والسيد (وهم الذين ذكرتهم المادة ١٣٨٤ فرنسى) وغيرهم مسئولين بحكم القانون عن أعمال من هم تحت رعايتهم (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ و ص ٣٩٢ وباللغة الفرنسية ص ١٩ و ص ٤٠٩) •

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص مسئولية الأب بالذكر ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد جرت أغلبية المحاكم والشراح على ضرورة توالف هذين الشرطين لقيام مسئولية الأب (أسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ومقال

(*) ينشور بجلة القساقون والاقتصاد ص ١٣ عدد مارس وابريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٢٣٥ وما بعدها .

الأستاذ محمد فؤاد جسنى في المحاماة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، ومصطفى
 م رعى في المسؤولية المدنية ص ١٥٩ و ص ١٦١) فلم يجعلوا المسؤولية
 الأب محلا بعد أن يبلغ الولد سن الرشد ، وهي إحدى وعشرون سنة .
 أما فيما يتعلق بما قبل هذه السن ، فقد اختلف الرأي ، فقال فريق بأن
 الأب يكون مسئولاً (١) ، وقال فريق آخر بل ان مسئوليته تنتهى بانتهاء
 ولايته على نفس الصغير . أى متى بلغ الصغير سن الخامسة عشرة على
 الأكثر (راجع كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٤ وباللغة
 الفرنسية ص ٤١١) .

وقد أصدرت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٣ مايو ١٩٤٠ (المحاماة
 ٢٠ — ١٣٨٤ — ٦١٠) (٢) حكما أوضحت فيه شروط مسؤولية الأب عن
 أعمال ولده وحدود هذه المسؤولية والأساس الذى تقوم عليه ، فقررت
 أنه يجب لقيام هذه المسؤولية :

(١) أن يثبت مبدئيا حصول الخطأ من الابن وأن يكون هذا
 الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين
 خطأ الأب في ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه .

(٢) وأن يكون الولد تحت رعاية أبيه ، وتقوم هذه الرعاية بأمرين
 أساسيين : أولهما أن يكون الولد منضما مع أبيه ، والثانى أن يكون
 الولد قاصرا عن درجة البلوغ ، والمقصود بذلك بلوغ الرشد المالى المحددة
 له سن الحادية والعشرين .

وظاهر أن الشرط الأول يتعلق بأساس مسؤولية الأب ، وأن الشرط
 الثانى يرسم حدود هذه المسؤولية .

(١) استئناف مصر ١٩٣٣/٢/٧ المحاماة ١٤ ص ٣٥١ رقم ١٧٨ .
 (٢) المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ (وفيه إشارة إلى نقض ١٩ نوفمبر
 ١٩٢٤ المجموعة ٣٦ — ٥٣ — ٣ وتعلق) .

وقد رأينا أن نعرض لهذين المبدئين ، حتى نتبين الى أى حد يمكن التسليم بكل منهما .

غأما أساس مسئولية الأب عن أعمال ولده ، فهو افتراض فخطئه فى ملاحظة ولده ، اذ أنه من المسلّم به أن المشرع قصد بالمواد ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ / ١٣٨٤ أن يجعل الأب مسئولا ، دون حاجة بالمصاب الى اثبات خطئه ، وأنه اعتبر خطأ الأب مفروضا قرضا قابلا لاثبات العكس ، غأغفى المصاب بذلك من عبء اثبات خطأ الأب (٣) . ولكن هل أعفاه أيضا من عبء اثبات السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الفعل الضار ، أم انه ترك عليه هذا العبء طبقا للقواعد العامة ؟

ان بعض العبارات التى وردت فى حكم محكمة الاستئناف قد توحى الى الذهن بادية الأمر أن المحكمة تعتبر المصاب مطالبا باثبات رابطة السببية هذه ، فى حين أن البعض الآخر من تلك العبارات يقرر صراحة بأن على الأب اثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث ، غأى الرأين أولى بالاتباع ؟

انا لو أمعنا النظر فى الأمر وجدنا أن الخطأ المفروض خطأ لم يمكن تعيينه ولم تعرف حقيقته ، فكيف يمكن والحالة هذه اثبات السببية بينه وبين الفعل الضار ؟ انا اذا قلنا أن المشرع اشترط اثبات السببية ، أصبح المصاب ملزما بتعيين الخطأ الذى ينسب الى الأب وباثبات هذا الخطأ ، تمهيدا لاثبات السببية بينه وبين الضرر ، فكأننا نسب الى المشرع أنه يسلب بيسراه ما منحه للعصاب من رعاية بيميناه . أما اذا اعتبرنا افتراض خطأ الأب أمرا مسلما ، ترتب على ذلك اعفاء المصاب من اثبات السببية أيضا ، بناء على قرينة قانونية ، وتكليف الأب بالدليل العكسى ان أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . وهذا هو الرأى الذى يظهر أن المحكمة عولت

عليه ، والذي يهمن أن نبرزه من بين عباراتها (أنظر في هذا المعنى مازو نبذة ٧٦٩ وكتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١١٨ وباللغة الفرنسية ص ١١٨) •

بقي مما يتعلق بأساس مسؤولية الأب أن محكمة الاستئناف اشترطت أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من الولد (أنظر في هذا المعنى أيضاً مصطفى مرعى في المسؤولية المدنية نبذة ١٧١ وقرن السنهوري بك في الموجز ص ٣٥٦) • فهل معنى ذلك أنه إذا كان الولد صغيراً غير مميز ، لا يعرف الخير من الشر ، ولا يمكن أن ينسب إليه خطأ ، أن يعفى أبوه من المسؤولية عن أعماله ؟ كلا ، بل أن العقل يقضى بأن واجب الأب في ملاحظة ولده يزداد كلما قل نصيب الولد من التمييز ، ويخف كلما اقترب الولد من دور النضوج التام • فلابد من التسليم بمسؤولية الأب عن أعمال ولده الضارة ، ولو كانت تلك الأعمال صادرة عن غير تمييز ، ولا يمكن وصفها في حقها بلئها خطأ • ولكن هل نذهب إلى حد القول بأن الأب يسأل عن كل أعمال ولده الضارة بصرف النظر عن كونها خطأ أو غير خطأ ، فنجعلها مسئولاً حتى عن الضرر الذي تسبب فيه الولد بعمل من الأعمال المشروعة التي ما كانت تستوجب مسؤولية الأب مسؤولية شخصية لو أنه هو الذي ارتكب هذا العمل بنفسه ، كلا أيضاً ، لأننا لا نستطيع أن نلوم الأب لمجرد كونه لم يمنع ولده من القيام بعمل مشروع ، حتى لو نشأ عن هذا العمل ضرر بالغير •

يتضح من ذلك أنه لا الأخذ في هذا الشأن برأى محكمة الاستئناف على إطلاقه ، ولا القول بالرأى العكسي على إطلاقه يحقق العدالة أو يستقيم مع المنطق القانوني • ولابد إذن من حل وسط يجعل الأب مسئولاً عن أعمال ولده الضارة ولو كان الولد غير مميز ، ولكنه لا يجعله مسئولاً عن كل تلك الأعمال ، بل يقصر مسؤوليته على ما كان منها غير مشروع في ذاته وما كان يجب على الأب منع وقوعه • ونستطيع أن نحقق ذلك بمجاعة محكمة الاستئناف في اشتراط

وقوع خطأ من الولد لقيام مسئولية الأب ، ولكن على أن يكون تقدير هذا الخطأ بمعيار موضوعي أى بصرف النظر عن تمييز القاصر أو عدم تمييزه ، لأن الغرض من هذا التقدير ليس ادانة الولد أو عدم ادانته ، وإنما معرفة ما اذا كان الأب مقصرا أو غير مقصر في عدم منع وقوع ذلك الفعل من الولد . ولأن الرأي الراجح أن عدم التمييز ان كان يحول دون مسئولية عديم التمييز نفسه عن أعماله الضارة بالغير ، فإنه لايعفى الوالدين من مسئوليتهم عن أعمال أبنائهم غير المميزين (راجع كتابنا في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٤ وباللغة الفرنسية ص ٤١٢ ، وأنظر أيضا كولان وكابيتان الطبعة السابعة ج ٢ ص ١٩٤ ، مازو نبذة ٧٦٣ الى ص ٧٧ ، بيريسون ودي فيليه ج ١ ص ١٨٠) .

وأما عن حدود مسئولية الأب عن أعمال ولده ، فقد قيدتها المحكمة بوجود الولد تحت رعاية أبيه ، وهذا يتفق مع نص المادة ١٥١ فقرة ثانية . ولكنها لم تكثف بذلك ، بل حددت ما تقوم به رعاية الأب على ولده بأمرين أساسيين : (١) أن يكون الولد منضمًا مع أبيه (٢) وأن يكون قاصرا عن درجة البلوغ . ثم عرضت للخلاف في شأن درجة بلوغ الولد التي تنتهي بها مسئولية الأب ، فرجحت الرأي القائل بمسئولية الوالد حتى يبلغ الولد سن الرشد المالى وهى احدى وعشرون سنة ميلادية . (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣) .

ونحن لا يسعنا أن نسلم بهذا الرأي ، بل سبق لنا أن ذهبنا في ذلك مذهبا آخر في تعليق لنا انتقدنا به حكما لمحكمة الواسطى الجزئية بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٣٦ قضى بأن مسئولية الأب عن أعمال ولده تنتهى ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر (راجع تعليقاتنا على الأحكام في السنة السابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٨٨٣ الى ص ٨٩٢ وما سيجىء في ص ٣٥١) . وبهذه الآن أن نناقش الأسباب التى استندت اليها محكمة الاستئناف فيما قررتة أخيرا ، ولكننا نرى من المفيد قبل ذلك أن نشير الى حكم القانون الفرنسى في هذا الشأن .

جعلت المادة ١٣٨٤ فرنسي منساطر المسؤولية الرعاية ، واشترطت لتوافر رعاية الأب على ولده أن يكون الولد مقيما مع أبيه وقاصرا أى لم يجاوز الحاذية والعشرين من عمره . ويعتبر توافر هذين الشرطين ضروريا لقيام واجب الرعاية ، أى أن رعاية الأب على ولده لا تتوافر بغير هذين الشرطين ، فلا يحسب تحت رعاية أبيه الولد البالغ ولا الولد غير المقيم مع أبيه . ولكن ليس معنى ذلك أنه كلما توافر هذان الشرطان توافرت الرعاية ، بل يجوز أن يكون الولد قاصرا ومقيما مع أبيه ولكنه فى رعاية شخص آخر غير أبيه كمرب أو معلم حرفة أو الخ (٤) ، ويعباره أخرى يمكن أن نقول ان توافر هذين الشرطين لا يعمد أن يكون أساسا لقرينة قانونية على قيام حالة الرعاية ، ولكنها قرينة بسيطة تقبل الدليل العكسى .

أما المادة ١٥١ فقرة ثانية مصرى فقد اكتفت بجعل الرعاية منساطر المسؤولية ، ولم تذكر شروطا ولا وقائع كالأقامة المشتركة أو السن تعتبر أساسا لقرينة قانونية على توافر الرعاية ، فيستفاد من ذلك أنها تركت تقدير توافر الرعاية للقاضى يستنبطه من وقائع الدعوى طبقا لقواعد الاثبات العادية ، ولا بأس على القاضى من الأخذ فى هذا الاستنباط بقرائن الحال دون القرائن القانونية لأن القرائن القانونية لا توجد بغير نص (راجع تعليقاتنا السابق الاشارة إليها) .

ولكن محكمة الاستئناف تقرر عكس ذلك فى اسباب حكمها حيث تقول « انه قد اتفق الفقه والقضاء فى مصر على أن هذه الرعاية تكون قائمة اذا كان الابن منضمّا مع والده واذا كان هذا الابن قاصرا عن درجة البلوغ — وهذان الأمران ولو أنهما لم ينص عليهما نصا صريحا فى القانون الا أنهما مستفادان حتما من كلمة « رعاية » ، لأنه لا يعقل

(٤) فى أثناء وجود الولد فى المدرسة يكون تحت رعايتها وتسأل عنه هى ولا يسأل عنه أبوه (نقض جنائى ١٩٣٤/١١/١٩ الحاماة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ المجموعة ٣٦ — ٥٣ — ٣ وتعليق) .

أن يسأل الأب عن خطأ ابنه الذى يقيم فى غير كتفه لسبب جائز مشروع أو يكون بالغاً لأن الرعاية لا تكون الا على قاصر ، اذ أن البالغ مسئول عن عمله ولا حاجة الى اشارك غيره معه ، ولأنه ان صح أن يلزم الآباء ومن فى حكمهم بتعهد أبنائهم ومراقبتهم وهم صغار ، فان هذا الالتزام لا يكون له مبرر اذا بلغ الأولاد رشدهم » .

ولنا على هذه الحيثية ملاحظتان :

أولاً — أن الحكم قد نسب الى الفقه والقضاء فى مصر أنهما اتفقا على أن هذه الرعاية تكون قائمة اذا كان الابن منضماً مع والده واذا كان هذا الابن قاصراً ، مما يشعر بأن قيام حالة الرعاية نتيجة حتمية لتواهر هذين الشرطين ، وهذا ما لم يقل به أحد ولا حتى شراح القانون الفرنسى (انظر مازو نبذة ٧٥٥ ومصطفى مرعى نبذة ١٦٥) ، بل ان الأستاذ السنهورى بك يصرح بعكس ذلك حيث يقول : ان الولد قد يكون مقيماً مع أبيه فى مسكن واحد ولكنه مستقل عنه ، وليس للأب اشراف على تربيته ، فلا يكون مسئولاً عنه (الموجز فى الالتزامات نبذة ٣٤٧ ، وأنظر بور سعيد الجزئية المختلطة ١٥ يونيه ١٩٢٩ الغازيت ٢٠ — ١٩١ — ١٧٧) ، وكذلك فان أولاداً كثيرين يتم نضوجهم فى سن مبكرة قبل البلوغ ويستقلون بطرق عيشهم ويصبح لهم رأى صائب حتى لا يبعد أن يجد من هم اكبر منهم سناً فائدة فى استشارتهم ، ولا يمكن القول بأن أمثال هؤلاء الأولاد يعتبرون تحت رعاية آبائهم لمجرد أنهم لم يبلغوا سن الرشد المالى ، حتى لو كانوا مقيمين مع آبائهم (راجع تعليقاتنا السابق الاشارة اليها) .

ثانياً — أن الحكم اعتبر أن هذين الشرطين ولو أنهما لم ينص عليهما نصاً صريحاً فى القانون الا أنهما مستفادان حتماً من كلمة « رعاية » ، وذلك على ذلك بأنه لا يعقل أن يسأل الأب عن خطأ ابنه الذى يقيم فى غير كتفه لسبب جائز مشروع ولا عن خطأ ابنه البالغ لأن الرعاية لا تكون الا على قاصر . ونحن نرى أن الرعاية التى جعلها المشرع مناط

المسئولية لا تقتضى حتما أن يكون الولد مقيما مع أبيه ولا أن يكون قاصرا ، وإنما المقصود بالرعاية ألا يكون الولد مستقلا في أعماله ، بل أن يكون خاضعا فيها لرقابة أبيه وتوجيهه . وهذا الخضوع وعدم الاستقلال ليسا منوطين بسن معينة ولا باقامة مشتركة .

هناذا اتخذ الأب لابنه مسكنا خاصا في المدينة التي يتلقى فيها علومه ، وجعل يواظب على الحضور من الريف الى المدينة للملاحظة ابنه واستمرار توجيهه فان الولد يكون تحت رعاية أبيه ولو أنه لا يقيم معه . ومن ذلك يظهر أن الاقامة في مسكن واحد ليست شرطا لمسئولية الأب في القانون المصرى (السهنورى فى الموجز فى الالتزامات نبذة ٣٤٧) ، ولا يمكن القول بأن اشتراطها يستفاد حتما من كلمة « رعاية » .

وكذلك اذا بلغ الولد وكان مجنونا أو معتوها فانه يكون بالرغم من بلوغه في رعاية أبيه ، وتتسع عبارة القانون المصرى لاعتبار الأب مسئولا عنه في هذه الحالة (أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى مدنى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ ، والسهنورى فى الموجز فى الالتزامات نبذة ٣٤٧ ، ومصطفى مرعى نبذة ١٦٣ ، وعكس ذلك فى نبذة ١٦٨) . بل ان من الأولاد من يبلغ عاقلا وهو لا يزال فى دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعا لنفوذهم وواقفا تحت رعايتهم ، بل ان البنات فى مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن ، فغمتى توافرت الرعاية وجب على ذويهن وأزواجهن أن يتحملوا مسئولية أعمالهن الضارة بالغير (٥) (أنظر فى هذا

(٥) يلاحظ أن المحاكم الفرنسية لتقيدها بنص المادة ١٢٨٤ الذى ذكر هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر واشترط قصر الابن فى مسئولية الاب لم تستطع أن تجعل الزوج مسئولا عن زوجته ولا الاب مسئولا عن ابنه البالغ الا بالاتجاه الى التوسع فى مسئولية السيد عن فعل تابعه . انظر Bichot فى رسالته :

L'autonomie de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses, p. 143.

المعنى مصطفى مرعى نبذة ١٦٢ ونبذه ١٧٠ ، واستثناف مختلط ٢٤
ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨ سيري ١٩٢٧ — ٤ — ٧٨) •

يتضح من هاتين الملاحظتين أن حالة الرعاية التي جعلها القانون
المصرى مناط مسؤولية الأب عن أعمال واده ومسئولية كل من كان غيره
تحت رعايته ليست مرتبطة بعدم بلوغ الولد ولا باقامته مع أبيه ، لا من
حيث انها تقتضى حتما توافر هذين الشرطين ، ولا من حيث انها تترتب
حتما على توافرها • وانما هي حالة قانونية يجب أن يكون أمر توافرها
متروكا لتقدير المحكمة ، تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة ؛
فيدخل في هذا التقدير سن الولد وطريقة عيشه ومقدار استقلاله في الرأي
ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ • ويعتبر تقديرها لتوافر الرعاية
أو عدمها مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض ، لأنها شرط لتطبيق
نوع خاص من المسؤولية •

واذن لا يكون ثمة محل في تقرير مسؤولية الأب للبحث في اقامة
الولد مع أبيه أو عدمها ، ولا في بلوغ الولد أو عدم بلوغه ، ولا في
السن التي يعتبر بها البلوغ في هذا الشأن ، أهى سن الرشد المالى أم
سن زوال الولاية على النفس ، باعتبار هذه الظروف شروطا لقيام مسؤولية

== وهو يقول في ص ١٢٢ :

Il résulte que la condition d'habitation n'est exigée que dans
la mesure où elle constitue une preuve parfaite de l'exercice du
droit de surveillance quand il est prouvé, qu ce droit était ou pou-
vait être exercé par les parents ; la condition d'habitation de vient
secondaire si le père pouvait surveiller le fils dans une profession,
il est responsable des délits de ces derniers... Il ne semble pas
d'outeux que les tribunaux n'attachent plus qu'une importance
secondaire à la condition quel'enfant habite avec ses parents.

الأب ، أو عناصر تترتب عليها حتما هذه المسؤولية ، بل ان هذه الظروف لا تبدو أن تكون من العناصر الواقعية التي تدخل في تقدير المحكمة لقيام حالة الرعاية أو عدم قيامها .

وكأنني بمحكمة الاستئناف قد شعرت بهذا ، ولو أنها صرحت بعكسه ، لأنها عندما بحثت في وقائع الدعوى عن شرط الإقامة المشتركة استدلت على هذا الشرط من « أن المتهم كان يلتجئ لأبيه ويستشير في أمر زواجه ولم يستمر في مشروعه الا لما رضى أبوه عنه ، ويؤخذ من هذا مقدار اعتماد المتهم على أبيه وعدم استقلاله عنه » . ولأنها عندما بحثت عن شرط القصر استعرضت الخلاف القائم في شأن سن الولد التي تنتهي عندها مسؤولية الأب ، ورفضت التسليم بالرأى القائل بأن مسؤولية الأب تنتهي بزوال ولايته على نفس الصغير بأن قالت « ان الإنسان الذي يبلغ من العمر ١٥ سنة ويوما واحدا مثلا يكون طبقا لهذه النظرية خارجا عن ملاحظة أبيه وبالتالي لا يكون أبوه مسؤولا عن أخطائه مع انه يكون في هذه السن غالبا في دور التعليم قليل التجربة في حاجة الى المراقبة والارشاد » ، ثم بعد أن رجحت الرأى القائل بأن سن البلوغ التي تنتهي فيها مسؤولية الأب هي ٢١ سنة ميلادية قالت : « على أن هذا الشرط ليس هو الوحيد الذي تترتب عليه مسؤولية الأب عن أعمال ابنه الصغير ، فان هناك شرطا مهما آخر يجب توفره ، وهو قيام حالة الحفظ والرعاية التي نص عليها القانون . ولذلك يرى خلط كبير في القول بأنه كيف يتفق أن يكون سن الرشد التي يقصدها القانون هي ٢١ سنة بينما أن الشخص يكون قد تخرج من دور التعليم الراقى واشتغل بعمل حصر مستقل أو دخل وظائف الحكومة التي لا تمنع لوائحها من الاستخدام قبل بلوغ هذه السن ... وهذا الخلط ناشئ من اغفال الشرط الجوهرى الآخر وهو قيام حالة الحفظ والرعاية ، فانه قد يكون الإنسان لم يصل الى احدى وعشرين سنة ومع ذلك يكون أبوه غير مسؤول عنه حتى ولو كان مقيما معه في منزل واحد ، وذلك اذا كان الابن قد اشتغل بعمل وشق لنفسه طريقا في الحياة . كأن أصبح محاميا أو طبيبا أو موظفا مسؤولا

أو مستأجرا لأطيان يديرها بنفسه دون تدخل من أبيه أو نحو ذلك ، وحتى اذا لم يكن الصغير قد بلغ سن التمييز الشرعى يصح أن تنتهى مسؤولية أبيه اذا كانت حالة الحفظ قد زالت بسبب جائر مشروع كأن يكون قد ألحق بمعهد من معاهد العلم حيث ينتقل واجب الرعاية الى المشرفين على ذلك المعهد الذى يقيم فيه » .

يبين من هذه الأسباب أن محكمة الاستئناف نفسها لا تعول على الإقامة المشتركة ولا على السن فى ذاتهما ، وانما تعول فقط على خضوع الولد للملاحظة أبيه وعدم استقلاله عنه ، وهذا هو قوام حالة الرعاية التى جعلها المشرع مناط المسؤولية . وفى هذا يتفق رأيها مع رأينا كل الاتفاق . ولكننا نختلف معها فى أنها ترى أن سن الحادية والعشرين هو الحد الأقصى الذى تنتهى ببلوغ الولد اياه مسؤولية أبيه عنه ، مهما كانت ظروف معيشة الولد ودرجة خضوعه لأبيه وحاجته الى رعايته ، بينما نرى نحن أن لا محل لتعيين هذا الحد الأقصى لأنه لا يستند الى نص فى القانون ، ولأننا مادمنا نسلم بزوال الرعاية على القاصر الذى يستقل عن أبيه مبكرا ، فلا مانع من التسليم باستمرار الرعاية على البالغ الذى يظل بعد بلوغه عائشا فى كف أبيه ، معتمدا عليه خاضعا لنفوذه (٦) .

(٦) يرى الاستاذ السنهورى بك قياس المجنون والمعنوه على القاصر نبذة ٣٤٧ وكذلك عبد السلام ذهنى فى الالتزامات نبذة ٨٢١ .
وانظر استئناف مخطوط ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ - ١٢ - ٨٣
وقد جاء فيه :

«Par le développement même de l'enfant la surveillance change nécessairement dénature, et on ne saurait exiger d'un père de suivre ou faire accompagner continuellement un jeune homme de presque 18 ans, pour veiller afin qu'il n'entre prenne point d'actions répréhensibles ou dommageables aux tiers».

وقد تنبه واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى الى هذه الملاحظات التى ابدتها ، واحتاطوا لها كلها واحكوا النص عليها فى المادة ٢٤١ من المشروع ، ونكتفى بلمراده نصها مجردا من كل تعليق : « المادة ٢٤١ : كل من يجب عليه ، =

٢ - مسئولية الأب عن أعمال ولده ومقدار ارتباطها بسن الولد (*) :

حكمت محكمة الواسطى الجزئية بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٣٦ بأن
مسئولية الأب عن أعمال ولده تنتهى ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة
على الأكثر (المحاماة ١٧ - ٧٨٣ - ٣٨٥ ، وفى هذا المعنى أيضا
الاسكندرية الكلية ١١ يوليه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٢ - ٤٢٠ - ٢١٩ ،
والسيد زينب الجزئية ١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد
١٤ ص ١١) . وحكما بذلك مخالف لبعض أحكام المحاكم المصرية السابقة
(ديروط الجزئية ٥ يناير ١٩٣٥ الجريدة القضائية العدد ٦٠ ص ٢٨ ،
استئناف مصر ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٩٩٠ - ٤٩٤ ، ٨ نوفمبر
١٩٢٣ المحاماة ٤ - ٤٢٥ ، ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٣٥١ - ١٧٨) ،
ولا يتفق مع ما ذهب اليه شراح القانون المصرى من أن مسؤولية الأب
تلتزمه حتى يبلغ ولده سن الرشد المالى وهى وفقا للتشريع الحالى احدى
وعشرون سنة (ذهنى بك نبذة ٨٣١ ، دى هلتس نبذة ٨٧ ، مصطفى
مرعى ص ١٦٤) .

وانى أرى حكم محكمة الواسطى أقرب الى الصواب ، ولكن لى

= قانونا أو اتفاقا ، رقابة شخص فى حياجة الى الرقابة بسبب قصره أو
بسبب حالته العقلية أو الحسية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك
الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائما حتى لو كان
من وقع منه العمل الضار شخصا غير مميز . ويستطيع المكلف بالرقابة أن
يخلص من المسؤولية اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو اثبت أن الضرر
كان لا بد واتعا حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .
أنظر فى هذا الموضوع وفى حكم التقنين الجديد مؤلفنا فى مسؤولية الراعى
المفترضة عن فعل المرعى سنة ١٩٦٨ .
(*) منشور بجلة القلتون والاقتصاد س ٧ عدد مايو ١٩٣٧ ص
٨٨٢ وما بعدها .

عليه ملاحظات مهمة ، أفضل أن أمهد لها ببحث الموضوع على ضوء
التانون الفرنسى .

في القانون الفرنسى - المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على
مسئولية بعض الأشخاص - المذكورين على سبيل الحصر - عن أعمال
من هم تحت رعايتهم ، وخصصت الفقرة الثانية من المادة بالنص على
مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه ، وبناء على ذلك
يسأل الأب عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى
احدى وعشرون سنة . وقد اعتبر الشراح هذه المسؤولية المقترضة
نتيجة لما للأب من ولاية على أولاده .

ولأن المادة ٣٧٢ مدنى فرنسى نصت على أن هذه الولاية تبقى للأب
حتى بلوغ الولد سن الرشد أو اطلاق التصرف له *émancipation*
وأزاء صراحة نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية ، اعتبروا الأب مسئولا وغشا
ليذه المادة الأخيرة مادام ولده قاصرا ولم يطلق تصرفه ، وأجمعوا على
انقضاء مسئوليته هذه ببلوغ الولد سن الرشد أو باطلاق التصرف له متى
كان هذا الاطلاق حاصلًا بحكم القانون بسبب عقد زواج القاصر
(جوسران ج ٢ نبذة ٤٩٥ ، مازو نبذة ٧٥٥ ، بيرسون ودى غيليه ص
١٠٤ نبذة ٧٨) ، ولكنهم اختلفوا في مسئوليته عن ولده الذى أطلق له
التصرف باختباره ، فجعل بعضهم الأب مسئولا في هذه الحالة بناء على
عمرهم نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية التى لم تفرق بين القاصر المطلق له
التصرف وغيره ، وعلى أن اضرار الولد بغيره يستفاد منه أن الوالد
كان مخطئا في اطلاق التصرف له (بلانيول وريبير ج ٢ نبذة ٩١٠ ،
بلانيول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٦٢٩ ، ديموج ج ٥ نبذة ٨٣٥ ، سوردا
نبذة ٨٢٧ ، لاروميير ج ٧ نبذة ٥٩٨ ، بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩٠٢ ،
اوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ نبذة ٤٤٧ ص ٣٧٦ ، بيرسون ودى
غيليه نبذة ٧٨) . وذهب فريق آخر الى انكار مسؤولية الأب في هذه
الحالة مسئولية مفترضة ، بناء على انقضاء ولايته على ولده ، لأن هذه

المسئولية المقرضة وولاية الأب تدوران معا وجودا وعدما (مازو نبذة ٧٥٥ ، لوران جزء ٢٠ نبذة ٥٥٨ ، كولان وكابيتان جزء ٢ الطبعة الثامنة ص ١٩٤ ، اسپيناس Espinasse ، في رسالته عن مسؤولية الوالدين عن أعمال أولادهم ، تولوز ١٩٢٨ ص ٣٩ وما بعدها) ، والرأى الأخير يبدو أنه أقرب إلى العقل والحق ، ولا يؤخذ عليه الا أنه قد يمهّد السبيل للأب للتخلص من مسؤوليته المقرضة باطلاق التصرف لولده المقتصر ، فيبطل بذلك حكم المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية . ولكن بالتأمل يتضح أن الأب اذا فعل ذلك فلا يكون من الصعب اثبات خطئه في هذا التصرف واعتباره مسؤولا وفقا للمادة ١٣٨٢ مدنى .

على أن القول بأن مسؤولية الأب ملازمة لولايته على ولده يبدو عند امعان النظر غيه أنه يعوزه قليل من الدقة ، ذلك أنه وان كان الغالب تواهر التلازم بينهما ، الا أنه كثيرا ما يحدث عند قيام الخلاف بين الوالدين أن تبقى للأب ولاية الصغير مع تسليم الولد لوالدته وبقائه قانونا في حفظها وتحت رعايتها . فيجوز للأب الاشراف على تعليم ولده وتربيته وتزوجه ، ولكن ذلك لا يكفى لتحمله المسؤولية المنصوص عنها في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٤ ، بل تقع هذه المسؤولية على عاتق الأم في هذه الحالة لأنها هى المكلفة رعاية الولد والتي فى وسعها منعه من الاضرار بغيره (مازو نبذة ٧٣٨) ، ولكن ليس معنى ذلك أن المسؤولية تنتقل الى الأم بمجرد اقامة الولد معها فعلا ، لأن المولى عليه فى ذلك هو واجب الرعاية l'obligation de garde الناشئ عن حق الولاية على الصغير ، وهو الواجب القانونى الذى يعتبر أساسا للمسؤولية المقررة بالمادة ١٣٨٤ فقرة ثانية : فلا عبرة بواقعة اقامة الولد مع أمه ، اذا كان الأب مازال هو المكلف رعايته قانونا ، ولم يطرأ عليه ما يسقط عنه هذا الواجب القانونى (لالو الطبعة الأولى نبذة ٤٦٥ ، و ٤٦٦ ، كابيتان جزء ٢ الطبعة الثامنة ص ١٩٥ ، مازو نبذة ٧٣٩) (٧) .

في القانون المصري — أما القانون المصري ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب اكتفاء بالنص العام الذي يلزم المرء بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) • وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربي ورب الحرفة والمخدوم والسيد مسئولين بحكم القانون عن أعمال من هم تحت رعايتهم • (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ و ص ٣٩٢ وما بعدهما وباللغة الفرنسية ص ١٩) •

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخصص مسئولية الأب بالذكر ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد حكم بضرورة تواجر هذين الشرطين لقيام مسئولية الأب ، (أنظر في - المعنى حكم أسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٢ - ٤٢٥ - ٢٢٢ ، ومقال الأستاذ محمد فؤاد حسنى بك في مسئولية الآباء والأمهات والقائمة ولأوصياء عن أعمال الصبى أو المحجور عليه المحاماة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، مصطفى مرعى في المسئولية المدنية ص ١٥٩ و ص ١٦١) • ومؤدى ذلك ألا يسأل الأب عن أعمال ابنه الكبير أى البالغ من العمر ٢١ سنة أو غير المقيم معه •

ولكن أيستفاد من ذلك قيام مسئولية الأب بمجرد كون الولد قاصرا لم يتجاوز الحادية والعشرين من عمره ومقيما مع أبيه ، ولو كان موظفا

«La responsabilité étant liée à l'exercice de la puissance paternelle, et plus précisément au droit de garde que confère cette puissance, tant que ce droit appartient au père, la mère ne peut être poursuivie sur le terrain de l'art 1384, quand bien même, en fait, elle se chargerait de la garde».

وقضت محكمة استئناف مصر بأن أم القاصر مسئولة عن تعويض الضرر الحاصل من فعل ابنها ولو لم تكن وصية عليه (استئناف ١٩١٠/٢/٧ المجموعة سنة ١٩١٠ ص ٣٣٢) •

مثلا ، أو مستغلا بعمل يجعل له استقلالا في الرأي ؟ نحن لا نستطيع التسليم بذلك ، بل ان بعض شراح القانون الفرنسى أنفسهم يابون الأخذ به . وهذا ما حدا محكمة الواسطى الجزئية وغيرها من المحاكم الى التفكير في تخفيض السن التى تنتهى مسؤولية الأب ببلوغ الولد اياها الى حد السن التى تنقضى بها الولاية على نفس الصغير ، سواء أكان ذلك من وقت ظهور علامات البلوغ الطبيعى أم ببلوغه سن الخامسة عشرة .

وقد بنت محكمة الواسطى حكمها على الأسباب الآتية :

١ — ان أساس الفكرة التى حدث المشرع الى وضع النص التقاضى بمسؤولية الأب عن أعمال من هم تحت رعايته هو ما اتفق عليه من أن للأب على الابن ولاية التأديب ، فالولى على النفس يتولى القيام بتربية الصغير وتهذيبه ، فان أهمل فاهماله في الواجب المفروض عليه يعتبر في ذاته تقصيرا ، فيسأل عن أعمال من هم تحت كنفه ورعايته ، وقد افترض المشرع حصول التقصير في الرقابة من جانب من تجب عليهم رعاية الصغير مادام الأخير قد أتى فعلا نشأ عنه ضرر للغير .

٢ — من مستلزمات واجب الرعاية اقامة الصغير مع وليه ، ومن المسلم به وقوع المسؤولية على من يكون الصغير تحت رعايته وقت ارتكابه الفعل الضار ان كان الصغير تحت رعاية آخر غير وليه .

٣ — ان مسؤولية الأب تنتهى مع سلطته على ولده ببلوغ القاصر سن الرشد ، وليس المقصود بذلك سن الرشد المسالى ، لأن الحكمة في مسؤولية الأب هي الاشراف على نفس الصغير لا على ماله (٨) ، وقد

(٨) وقالت محكمة السيدة زينب في ذلك ان رقابة الاب على أعمال ولده هي بلا شك مظهر من مظاهر ولايته على نفس الصغير ونتيجة من نتائج تلك الولاية (١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ من ١١) . =

توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير ، لأن ولاية الرجال على الصغار
ترول بالبلوغ ، فإذا بلغ الابن رشيدا سواء أكان بقيم مع والده أم بمفرده
فوالده غير مسئول عن تعويض الغير لما يحصل من الابن ، اذ الولاية
تنتهى متى بلغ القاصر سن الرشد بقوة القانون ، فمتى بلغ رشيدا خلا
مجل لمسئولية الأب ، وهذا وسن زوال الولاية على النفس هي بلوغ
القاصر خمس عشرة سنة .

٤ — متى بلغ القاصر سن خمسة عشرة سنة يكون هو وليا شرعيا
على أولاده الذين يولدون له بعد ذلك ، فمن غير المعقول أن يقال انه وهو
ولى على نفس غيره مولى لغيره .

٥ — ان القانون في مواضع عدة راعى أن سلطة الوالد على ابنه
لا تتجاوز سن الخامسة عشرة سنة (المادة ٦١ و ٦٢ عقوبات والمادة
الأولى أحداث ومتشردين) (٩) ، وهذا يؤيد الرأي القائل بأنه مادامت
سلطة الولي على الصغير ترول بعد بلوغ هذه السن فمن غير المعقول أن
ينسب للموالد الاهمال في عدم الرعاية والمراقبة مادام القانون في مواضع
عدة لا يجعله مسئولا عن تربيته واصلاح أمره بعد سن الخامسة عشرة ،

أما المحاكم التي تمسكت بسن الرشد المالى وجعلت الأب مسئولا
عن أعمال ولده حتى بلوغ الأخير سن الحادية والعشرين ، فقد ساءرت
في ذلك حكم القانون الفرنسى ، ولم تحاول تبريره في القانون المصرى ،
بل اكتفت بتقريره معتبرة اياه من الحقائق الأولية المسلم بها .

= وقالت محكمة دكرنس ان هذه الرقابة هي اقرب ما يكون لنوع من
الولاية على النفس وهذه متشعبة في الوانها ومختلفة في نواحيها بحسب حالة
الشخص الخاضع لها (دكرنس الجزئية ٢١ يونيه ١٩٣٥ المحللة ١٦ —
١٠٨ — ٤٤) .

(٩) واستندت محكمة السيدة زينب ومحكمة الاسكندرية الى أن القانون
جعل الصغير مسئولا جنائيا عن أعماله منذ سن الخامسة عشرة .

وعندى أن مذهب هذه الأحكام الأخيرة لا يمكن الأخذ به على علته
في القانون المصرى مع اختلاف النص عندنا عن النص الفرنسى .

فإن القانون المصرى لم ينص على مسئولية الأب بنوع خاص ،
وبالتالى لم يشترط فى هذه المسئولية كون الولد قاصرا ومقيما مع أبيه ،
بل رتبها على كون الولد تحت رعاية أبيه ، كما رتب مسئولية كل امرئ
عن أعمال من هم تحت رعايته *des personnes que l'on a sous sa garde* وليس عموم هذا النص المصرى داعيا لتطبيق النصوص الفرنسية المفصلة
باعتبار أن المشرع المصرى إنما أراد اختصار هذه النصوص دون الإبتعاد
عن مضمونها — كما ذهب إلى ذلك بعض الأحكام ، إذ الواقع أن المشرع
المصرى فرق بين نوعين من المسئولية المنصوص عنها فى المادة ١٣٨٤ مدنى
فرنسى ، فأفرد نصا خاصا لمسئولية السيد عن أعمال تابعه (المادة ١٥٢ /
٢١٤) لما لهذه المسئولية من صفة استثنائية تجعل السيد مسئولا فعلا
عن أعمال غيره بدون خطأ ثابت أو مفترض من جانبه ، ورأى فى أحوال
المسئولية الأخرى قاعدة عامة هى افتراض التقصير فى كل امرئ فى
ملاحظة ومراقبة من هم تحت رعايته ، مما يجعل الانسان مسئولا فعلا
عن تقصيره الشخصى فى ملاحظة غيره ، لا مسئولا عن عمل غيره بدون
خطأ من جانبه كما فى الحالة الأولى ، فنص المشرع المصرى على هذه
القاعدة الأخيرة ولم ير أن يجعل لها صفة استثنائية بالنص على أشخاص
معينين على سبيل الحصر وبيان شروط مسئوليتهم ، بل اكتفى بتقرير مبدأ
عام وجعل أساس مسئولية الانسان عن أعمال الغير كون ذلك الغير تحت
رعايته ، ولم يحدد هذه الرعاية بسن أو اقامة أو غير ذلك . فلا مبرر
للرجوع عندنا إلى القانون الفرنسى وتطبيق نصوصه التى عدل المشرع
المصرى عن نقلها .

أما رأى الذى ذهب إليه محكمة الواسطى والمحاكم الأخرى التى
نهجت نهجها ، فلا يخلو من نزعة استقلالية ومن نظر خاص إلى أحكام
القانون المصرى ، بالتفريق بين الولاية على المال والولاية على النفس

التي تنتهي عندنا قبل الأولى بخلاف الحال في القانون الفرنسي ، ولكنه مع ذلك بقى واقعا تحت تأثير القانون الفرنسي من حيث تمسكه بظرف قصر الولد ورغبته في تعيين سن تنتهي عندها مسؤولية الأب ، مع خلو القانون المصري من أى نص على ذلك .

وعندى أن أساس مسؤولية الأب رعايته لولده ، كما أن مسؤولية المربي أساسها رعايته لتلميذه ، ومسؤولية رب الحرفة أساسها رعايته لصبيه ، بقطع النظر عن سن الولد أو التلميذ وعن تمييزه وعدم تمييزه أو رشده وعدم رشده ، فمقتضى كان الشخص تحت رعاية غيره أصبح ذلك الغير مسئولا عنه . وهذه الرعاية تدخل أحد الطرفين حق توجيه الآخر ورقابته وتوجب على الطرف الآخر اطاعة الأول والعمل بمشورته وأوامره ، وهي وإن كانت قريبة الشبه بالولاية على النفس ، إلا أنها ليست هي ولاية النفس بعينها ، ولا مظهرها من مظاهرها ، أو نتيجة من نتائجها ، فقد رأينا الشراح الفرنسيين أنفسهم يعولون في حالة النزاع بين الأبوين على الرعاية la garde دون الولاية على النفس .

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة (٥ فبراير ١٩١٩ — ٣٣ ص ١٥٠) ، ثم أن نص القانون الفرنسي نفسه في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ صريح في أن أساس هذه المسؤولية الرعاية لا الولاية على النفس ، فإن المربي ورب الحرفة مثلا لكل منهما رعاية الولد وليس لأحدهما ولاية على نفسه ، ومع ذلك فهما يسألان عن أعماله كما يسأل عنه أبوه ، ومما يؤيد ذلك أن مجرد الولاية على النفس لا يكفي في القانون الفرنسي لجعل الأب مسئولا بل يشترط أيضا إقامة الصغير معه ، والإقامة من مستلزمات واجب الرعاية ، وليست من مقتضيات الولاية على النفس أو المال ، بل أن اجتماع الولاية من جهة والصغر والإقامة من جهة أخرى لا يعمدو أن يكون مجرد قرينة قانونية على توافر الرعاية ، ويجوز للأب أن يدفع هذه القرينة البسيطة بإقامة الدليل على وجود الصغير في رعاية غيره وقت ارتكاب الفعل الضار . وقد غطنت

محكمة الواسطى الى ذلك حيث قالت ان من المسلم به وقوع المسؤولية على من يكون الصغير تحت رعايته وقت ارتكابه الفعل الضار ان كان الصغير وقتئذ تحت رعاية آخر غير وليه .

فالمسئولية المنصوص عنها في الشطر الثانى من المادة ١٥١ تلزم كل امرئ عن أعمال من هم تحت رعايته ، لافتراض التقصير فيمن تجب عليه رعاية غيره ، لا فرق في ذلك بين الأب والمربي ومعلم الحرفة ، بل اننا نستطيع القول ان هذه المسئولية في القانون المصرى عامة تتناول كل من له رعاية على غيره ، فتشمل الأب والأم والجد والعم والأخ والوصى ، أى أيهم كان الولد في رعايته ، لخلو القانون المصرى من أى تعيين على سبيل الحصر .

وأمر توافر الرعاية يجب أن يكون متروكا لتقدير المحكمة ، تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة ، فيدخل في هذا التقدير سن الولد وطريقة عيشه ومقدار استقلاله في الرأى ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ . ويعتبر تقديرها لتوافر الرعاية أو عدمها مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض ، لأنها شرط لتطبيق نوع خاص من المسئولية .

وعندى أن القانون الفرنسى والقانون المصرى متفقان في جعل أساس هذه المسئولية توافر الرعاية على الغير ، والفرق بينهما فيما يتعلق بمسئولية الأب ومن يقوم مقامه : (١) ان القانون الفرنسى قصر هذه المسئولية على الأب وعلى الأم في بعض الأحوال ، في حين أن القانون المصرى فرضها على أى شخص يكون الولد تحت رعايته ، (٢) وان القانون الفرنسى أنشأ قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه ، أو أمه ، مادام قاصرا ، أى لم يتجاوز الحادية والعشرين ، ومقيما معه ، بينما القانون المصرى ترك تقدير توافر الرعاية لطرق الإثبات العادية ، فلا يجوز لنا معه تحديد سن معينة ، أيا كانت تلك السن ، تعتبر أساسا لقرينة قانونية على توافر الرعاية ، لأن القرائن القانونية لا توجد بغير

نص ٠ (أنظر في هذا المعنى دكرنس الجزئية ٢٦ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤) ٠

وفي رأيي أن المشرع المصري قد أنصف بذلك ، لأنه لو أنشأ قرينة قانونية على توافر الرعاية مرتبطة بسن الرشد المالى ، وهى الآن احدى وعشرون سنة بعد أن كانت ثمانية عشر ، خالفت هذه القرينة الأمر الواقع بالنسبة لكثيرين من الشبان الذين مع عدم مجاوزتهم هذه السن يكونون قد تم نضوجهم واستقلوا بطرق عيشهم وأصبح لهم رأى صائب حتى لا يبعد أن يجد من هم أكثر منهم سنا فائدة فى استشارتهم ٠ ولو جعل المشرع المصرى هذه القرينة مرتبطة بالولاية على النفس تسقط بظهور علامات البلوغ الطبيعى عند الصغير أو ببلوغه سن الخامسة عشر على الأكثر ، قصرت هذه القرينة عن شمول عدد كبير من الحالات التى تتوافر فيها الرعاية فعلا ، فان الصبى يبلغ عادة حوالى الثانية عشر من عمره ، ومع ذلك غالباً فيه أنه يبقى فى هذه السن وبعدها تحت رعاية والديه ، بل ان من الأولاد من يتجاوز سن الخامسة عشر أو يبلغ الحادية والعشرين وهو لا يزال فى دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويطلب أن يكون خاضعاً لنفوذهم وواقفاً تحت رعايتهم ، بل ان البنات فى مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن ، فتمتى توافرت الرعاية وجب على ذويهن وأزواجهن أن يتحملوا مسئولية أعمالهن الضارة بالغير (أنظر فى هذا المعنى مصطفى مرعى ص ١٦٥ واستئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨) ٠

بل ان عموم النص عندنا يسمح بما لا يجيزه القانون الفرنسى من مسئولية الأب أو الجد أو الوصى النخ عن أعمال الكبير المعتوه الذى يكون فى رعايته (أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى مدنى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩) ٠

أما الاستناد الى أحكام قانون العقوبات لتعيين السن التى يعتبر فيها الولد مسئولاً وتنتهى بها مسئولية والده فغير منتج ، لأن نص قانون

العقوبات على مسؤولية الولد جنائية كاملة منذ بلوغه سن السابعة عشر ومسؤولية مخففة منذ الخامسة عشر ، لا ينفي إمكان جعل الأب مسؤولاً مدنياً عن أعمال ولده ، بل أن مسؤولية الولد المدنية نفسها لا تحول دون مسؤولية الأب متى توافرت بينهما علاقة الرعاية . وكذلك نص قانون العقوبات على تسليم الولد المجرم الذي لم يتجاوز الخامسة عشر لأبيه ، لا يمكن أن يستفاد منه حتماً وجود الولد تحت رعاية أبيه حتى هذه السن أو خروجه منها فيما بعد هذه السن .

لذلك نرى التمسك بنص المادة ١٥١ فقرة ثانية في جعل أساس مسؤولية الأب وجود الولد تحت رعايته ، مع اعتبار أمر الرعاية مسألة قانونية تستتبط من وقائع الدعوى ، ولا بأس من الأخذ فيها بقرائن الحال ، وإنما لا يجوز مطلقاً أن نسلم بوجود قرينة قانونية على توافر الرعاية ، سواء أكان أساس تلك القرينة سن الولد أم غير ذلك ، وسواء أكانت تلك السن الخامسة عشر أو الحادية والعشرين أو ما دونهما (❊) .

٢ - متى تنتهى مسؤولية الأب المفترضة عن أفعال ولده (*) :

أصدرت محكمة النقض والابرام حكمتين حديثين بتاريخ ٣ يناير و ٣ مايو سنة ١٩٤٣ فصلت فيهما في الخلاف الذى نشأ بين المحاكم منذ أكثر من عشر سنوات فى شأن سن الولد التى تنتهى عندها مسؤولية أبيه ، ونظرا لأن عبارات الحكم الأول أسئ تأويلها ، ولأن حقيقة الرأى الذى أخذ به كلا الحكمتين فيها عدول عن الرأى الراجح قبل ذلك فقها وقضاء ، رأينا أن ننبه الى هذين الحكمتين وأن نعرض لمناقشتها بعد أن نقدم لذلك ببيان موضوع الخلاف وحالته الى ما قبل صدور هذين الحكمتين .

عرض موضوع الخلاف وتطوره :

نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسؤولية بعض الأشخاص المذكورين على سبيل الحصر - عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، وخصصت الفقرة الثانية منها بالنص على مسؤولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه . وبناء على ذلك يسأل الأب فى القانون الفرنسى عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة .

أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسؤولية الأب اكتفاء بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثالثة / ٢١٣ مدنى) ، وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب

الحرفة وغيرهم مسئولين بحكم القانون عن أعمال من هم تحت رعايتهم (١) .

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص بالذكر مسؤولية الأب ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد قال بعض رجال الفقه والقضاء بضرورة توافر هذين الشرطين لقيام مسؤولية الأب (٢) . وقال البعض الآخر بضرورة شرط القصر واستبدلوا بشرط الإقامة ضرورة وجود الولد في رعاية أبيه (٣) .

وقد أجمعوا لغيا يتعلق بشرط القصر : على أن مسؤولية الأب تمتد حتى يبلغ الولد سن الرشد المالي وهي وفقا للتشريع الحالي إحدى وعشرون سنة (٤) .

غير أن بعض المحاكم الابتدائية والجزئية خرجت على هذا الاجماع ، ورأت أنه من الصعب أن يجعل الأب مسئولا عن ولد له في سن العشرين مثلا ولا سيما إذا كان الولد في هذه السن قد نصح واستقل

(١) راجع رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٢ و ص ٣٩٢ وما بعدها .

(٢) اسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحللة ١٤ - ٢ - ٤٢٥ - ٢٢٢ ، وفؤاد حسنى بك في مسؤولية الآباء والأمهات الخ المحللة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، مصطفى مرمى بك في المسؤولية المدنية الطبعة الاولى ص ١٥٩ و ص ١٦١ ، ذهني بك في الالتزامات ص ٨٦٤ نبذة ٨٣١ .
(٣) دى هلنس نبذة ٧٨ و ٨٨ ، السنهورى باشا في الموجز ص ٣٥٥ نبذة ٣٤٧ ، استئناف مصر ٢ مايو ١٩٤٠ المحللة ٢٠ - ١٣٨٥ - ٦١٠ - المجموعة ٤٢ - ١٣٦ - ٨٤ ، الزقازيق بهيئة استئنافية ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ (غير منشور) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحللة ٤ - ٤٢٥ ، ٢١ ديسمبر ١٩٣١ المحللة ١٢ - ٩٩ - ٤٩٤ ، ٧ مارس ١٩٣٣ المحللة ١٤ - ٢٥١ - ١٧٨ ، ٢ مايو ١٩٤٠ المحللة ٢٠ - ١٣٨٥ - ٦١٠ - المجموعة ٤٢ - ١٣٦ - ٨٤ والقانون والاقتصاد ١٣ - ١ - ٣٣٥ مع تعليق منا ، ديروط الجزئية ٥ يناير ١٩٣٠ الجريدة القضائية العدد ٦٠ ص ٢٨ ، استئناف مخطوط ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ - ٤١٢ - ٤٨٣ ، دى هلنس نبذة ٨٧ ، ذهني بك نبذة ٢٤٧ ، مصطفى مرمى بك ص ١٦٤ ، السنهورى باشا في الموجز نبذة ٣٤٧ .

بعمله ولم يعد خاضعا لرقابة أبيه ، فربطت مسؤولية الأب بواجبه في حفظ الولد ورعايته ، واعتبرت هذا الحفظ والرعاية داخلين في الولاية على النفس ، لا في الولاية على المال ، وقضت بناء على ذلك بانتفاء مسؤولية الأب المفترضة ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر وهي السن التي تنتهي بها الولاية على النفس ما لم يبلغ الصغير قبل ذلك (٥) •

وقد دفعنا هذا التضارب في الأحكام الى بحث وجوه الخلاف بين الرايين في تعليقات سابقة (٦) ، فثبت لنا أن الرأي القائل بمسؤولية الأب حتى يبلغ الولد احدى وعشرين سنة لا سند له من القانون ، وأن القائلين به تأثروا فيه بما عليه العمل في القانون الفرنسى ، ولم يعيروا اختلاف النص عندنا أى اهتمام •

أما الرأي الذى ذهب اليه المحاكم الكلية والجزئية ، فلا يخلو من نزعة استقلالية ومن نظر خاص الى أحكام القانون المصرى ، اذ فرق بين الولاية على المال والولاية على النفس التى تنتهى عندنا قبل الأولى ، بخلاف الحال في القانون الفرنسى • ولكنه مع ذلك بقى واقعا تحت تأثير القانون الفرنسى من حيث تمسكه بظرف قصر الولد ورغبته في تعيين سن تنتهى عندها مسؤولية الأب ، مع خلو القانون المصرى من أى نص على ذلك • (راجع تفهيدنا لحجج هذا الرأي في تعليقاتنا التى سبقت الاشارة اليها) •

وقد ذهبنا في بحثنا مذهبا مخالفا لكلا الرايين ، فانتبهنا منه الى النتائج الآتية :

-
- (٥) الاسكندرية الكلية ١١ يولية ١٩٣٣ المحابة ١٤ — ٢ — ٤٢٠ — ٢١٩ ، السيدة زينب الجزئية ١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ ص ١١ ، دكرنس الجزئية ٢٦ يونيه ١٩٣٥ المحابة ١٦ — ١.٨ — ٤٤ ، الواسطى الجزئية ١٩ اكتوبر ١٩٣٦ المحابة ١٧ — ٧٨٣ — ٤٨٥ وفى هذا المعنى ايضا جنابات طنطا ٢٥ مايو ١٩٤٢ الوارد ذكره فيها بعد .
(٦) راجع السنة السابعة من مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧ ص ٨٨٤ وما بعدها والسنة الثالثة عشرة منها سنة ١٩٤٢ ص ٣٣٥ وما بعدها .
انتظر ما تقوم في ص ٣٤٠ وما بعدها و ص ٣٥٢ وما بعدها .

(١) أن أساس مسؤولية الشخص عن فعل غيره سواء أكان في القانون الفرنسى أم في القانون المصرى هو وجود ذلك الغير تحت رعايته ، لا فرق في ذلك بين مسؤولية الأب عن ولده ومسؤولية المربي عن تلميذه ومسؤولية رب الحرفة عن صبيه ، فمتى كان الشخص تحت رعاية غيره أصبح ذلك الغير مسؤولا عنه . وهذه الرعاية تخول أحد الطرفين حق توجيه الآخر ورقابته ، وتوجب على الطرف الآخر اطاعة الأول والعمل بمشورته وأوامره ، وهى وإن كانت قريبة الشبه بالولاية على النفس إلا أنها ليست هى ولاية النفس بعينها ولا مظهرها من مظاهرها أو نتيجة ملازمة لها .

(٢) أن القانون الفرنسى أنشأ قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه ، أو أمه ، مبنية على توافر شرطين هما : أن يكون الولد قاصرا أى لم يجاوز الحادية والعشرين ومقيما مع أبيه أو أمه . وإن توافر هذين الشرطين لا يترتب عليه حتما قيام مسؤولية الأب ، لأن هذا الأخير يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية بأن يثبت وجود الولد في رعاية شخص آخر وقت ارتكابه الفعل الضار . أما القانون المصرى فإنه لم ينشئ مثل هذه القرينة القانونية ، ولم يجعل حالة الرعاية التى هى مناط مسؤولية الأب عن أعمال ولده ، كما هى مناط مسؤولية كل من كان غيره تحت رعايته ، مرتبطة بعدم بلوغ الولد ولا بإقامته مع أبيه ، لا من حيث أنها تقتضى حتما توافر هذين الشرطين ، ولا من حيث أنها تترتب حتما على توافرهما . وإنما جعلها حالة قانونية متروكا لتقدير توافرها لمحكمة الموضوع تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة طبقا لقواعد الإثبات العادية .

(٣) أنه لا محل في القانون المصرى لاشتراط قصر الولد الى جانب شرط وجوده في رعاية أبيه ، لأن القانون الفرنسى لم ينص على القصر إلا باعتباره أحد عنصرين تقوم على أساسهما قرينة الرعاية ، فلا يجوز مع عدم النص على شيء من ذلك في القانون المصرى ألا نكتفى بشرط الرعاية وأن نتطلب الى جانبه شرطا آخر لم ينص عليه القانون

وهو شرط القصر ، وبالتالي فلا محل في القانون المصرى اذن لتحديد سن معينة ، سواء أكانت تلك السن هى سن الرشد المالى أو سن زوال الولاية على النفس أو غيرها ، تعتبر أساسا لقريئة قانونية على توافر الرعاية أو على انتهابها ، لأن القرائن القانونية لا توجد بغير نص • على أن هذا لا يمنع من الاعتراف لما لسن الولد من الأهمية باعتبارها من الظروف أو العناصر الواقعية التى تدخل فى تقدير المحكمة لقيام حالة الرعاية أو عدم قيامها ، فمن الواضح مثلا أن الولد يكون فى انفسالب مستقلا عن والده ، متى جاوز الحادية والعشرين وأنه بالعكس من ذلك يكون خاضعا لرعايته مادام دون الخامسة عشرة ، وأن الأمر فيما بين هذين الحدين يدور بين توافر الرعاية أو عدم توافرها تبعا لعوامل واعتبارات أخرى كطريقة عيش الولد ومقدار استقلاله فى الرأى ، ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ • ولكن من الواضح أيضا فى خلاصة بحثنا أننا لا نقر الرأى القائل بمسؤولية الأب عن أفعال ولده لجرد عدم بلوغ الولد سن الحادية والعشرين ، ولا الرأى الذى يقول بأن مسؤولية الأب تنتهى بمجرد تجاوز الولد سن الخامسة عشرة ، بل ان لنا رأيا وسطا نذهب فيه الى أن للقاضى أن ينوع أحكامه تبعا لمقتضيات كل حالة على حدة ، فيكتفى بالتعويل على سن الولد حيث تكون هذه السن وحدها كافية للدلالة على خضوع الولد لرعاية أبيه ، أو على عدم خضوعه لها ، والا فإنه يكمل استدلاله على ذلك بالظروف الأخرى التى يستفاد منها توافر الرعاية أو عدم توافرها •

وبعد ذلك أصدرت محكمة جنايات طنطا حكما بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٤٢ أخذت فيه ، فى شأن مسؤولية الأب ، بما ذهبت اليه المحاكم الكلية والجزئية • فجعلت مسؤولية الأب تنتهى ببلوغ الولد سن الخامسة عشرة ، وأضافت فى أسباب حكمها حجبا جديدة الى الحجج التى كانت استندت اليها تلك المحاكم • وبناء على ذلك رفضت الحكم على الأب بالتعويض لبلوغ المتهم سن العشرين •

نظمن المدعى بالحق المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ اذ قضى بأن

الأب لا يكون مسئولاً عن خطأ ابنه بعد سن البلوغ الجنسى — وهو ١٥ سنة — لأن رأى الصحيح أن المسئولية المقررة بالمادة ١٥١ من القانون المدنى ليس أساسها الولاية على النفس كما قال الحكم المطعون فيه ، بل أساسها ، على مقتضى نص القانون ، واجب الحفظ الذى قد يكون مطالباً به من لا شأن له بالولاية على نفس مرتكب الخطأ كالمدرس ، مما يجب معه القول بأن الأب يبقى مسئولاً عما يقع من ابنه مادام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد .

حكم ٤ يناير سنة ١٩٤٣ :

وقضت محكمة النفى بتاريخ ٤ يناير ١٩٤٣ فى هذا الطعن برغضه بعد أن قررت : « أن المادة ١٥١ مدنى اذ نصت فى الفقرة الثانية على مساءلة الانسان عن تعويض الضرر الناشئ للغير » عن أعمال من هم تحت رعايته des personnes que l'on a sous sa garde أو عدم الدقة أو الانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم » ، قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التى قررتها استثناء وخروجاً على الأصل انما تقوم على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الاضرار بالغير ، واذ كانت السن احدى موجبات الحفظ ، فماتى المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار تقتضى وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة فى القانون للولاية على المال ، فان الحفظ garde الذى هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، اذ قد يكون الانسان قاصراً فيما يختص بماله ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ولا سلطة فيما يختص بشخصه . واذن ففى دعوى التعويض الرغوة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف سن من وقع منه الضرر الا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا » .

ويتبادر الى الذهن أول الأمر ، كما يرى الأستاذ مصطفى مرعى

في الطبعة الثانية من كتاب المسؤولية المدنية : أن هذا الذي قرره محكمة النقض يقيد ما يأتي :

(أولا) ان المحكمة العليا لم تؤيد مذهب الحكم المطعون فيه ، اذ جعل الولاية على النفس أساسا للمسؤولية واذ رتب على ذلك انتهاء المسؤولية بانتهاء الولاية على النفس ، يدل على ذلك ما جاء في حكمها صريحا من أن مسؤولية الأب وغيره ، ممن يسألون عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، انما تقوم قانونا على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الأضرار بالغير . أى أن السلطة التي للراعى أبا كان أو أما أو وصيا أو معلما أو رب حرفة الخ . على من يكون تحت حفظه ورعايته هي ، لا الولاية على النفس ، الأساس القانوني لهذه المسؤولية ، بدليل أن المعلم ورب الحرفة وكل من عدا الأب لا ولاية لهم على نفس الصغير ، ولكنهم مسئولون عن أعماله الضارة بمجرد خضوعه لسلطتهم في الحفظ والرعاية .

(ثانيا) ان هذه السلطة لا تختلف عن الولاية على النفس لمصعب ، بل أيضا عن الولاية على المال ، لأن الحفظ السذى هو أساس المسؤولية « متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ اذ قد يكون الانسان قاصرا فيما يختص بماله ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ولا سلطة فيما يختص بشخصه » .

(ثالثا) ان سن الشخص هي احدى موجبات الحفظ أى أنها أحد العناصر التي تدخل في تقدير المحكمة لتوافر حالة الرعاية أو عدم توافرها . ولا اعتبار في ذلك للسن التي حددها القانون للولاية على المال ، ولا للسن التي تنتهى بها الولاية على النفس ، فقد يعتبر في رعاية أبيه من تجاوز سن البلوغ الطبيعي (أو حتى سن الرشد المالى) اذا كان لم يتم نضوجه ولم يستقل بأمر نفسه ، بل ظل يعتمد على أبيه في عيشه ويأتمر بأمره ، وبالعكس من ذلك قد يعتبر غير خاضع لرعاية أبيه ،

شخص لم يبلغ بعد سن الرشد المالى اذا بلغ من النضج ما جعله يعتمد على نفسه ويستقل بأمره دون أن تكون لأبيه سلطة عليه .

وكنا نتمنى أن يكون هذا التفسير الذى يتبادر الى ذهن من عبارات محكمة النقض مطابقا لحقيقة المعنى الذى قصدت اليه محكمتنا العليا ، لأننا نرى فيه رأى الصحيح الذى يؤدى اليه تطبيق نصوص القانون المصرى . غير أن ظروف القضية التى قررت فيها محكمة النقض ذلك ، وعبارات الحيثية التالية لهذه الحيثية الأولى جعلتنا نتشكك على الأقل فى صحة هذا التفسير لنية محكمة النقض .

ذلك أن الحكم المطعون فيه كان قد قضى برفض التعويض المطلوب من والد المتهم بناء على أن هذا الأخير قد جاوز السن التى تنتهى بها ولاية أبيه على نفسه . فإذا فرضنا صحة التفسير الذى أشرنا اليه كان من المتعين على محكمة النقض أن تقبل الطعن وأن تحيل القضية الى محكمة أخرى لتبحث فى وقائع الدعوى عما يفيد وجود المتهم فى رعاية أبيه أو عدمه بالرغم من تجاوزه سن الولاية على النفس . ولكن المحكمة فعلت عكس ذلك ، إذ رفضت الطعن واكتفت فى رفضه بأن أردفت الحيثية الأولى بقولها : « وحيث انه متى كان هذا مقررًا ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم على ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الذى تنتهى به ولاية أبيه على نفسه يكون قد أصاب ولم يخطئ فى شيء مما يزعمه الطاعن » .

هذه الحيثية الأخيرة فى ذاتها واضحة الدلالة فى أن المحكمة العليا تؤيد ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه من أن مسئولية الأب محدودة بولايته على نفس ولده ، وهى بذلك تناقض التفسير الذى يتبادر الى ذهن من عبارات الحيثية السابقة ، فأى المعنيين هو الذى قصدت اليه محكمة النقض ؟ أهو المعنى الذى أمكن استخلاصه من العبارات التى قررت بها المبدأ ، أم هو المعنى الذى يستفاد من العبارات التى طبقت بها هذا المبدأ على الطعن المعروض عليها ؟

قد يقال في تغليب هذا المعنى الأخير أن العبرة بالنتيجة التي وصلت اليها المحكمة في التطبيق القانوني ، لا بالمبادئ العامة التي قررتها في أسباب حكمها ، ولكن يمكن أن يرد ذلك بأنه إذا توافرت في القضية ظروف واقعية يترتب عليها من حيث نتيجة التطبيق القانوني انعدام أثر الاختلاف بين المعنيين المتعارضين ، فالأولى تغليب المعنى المستفاد من تقرير المبادئ العامة مادامت النتيجة يمكن — بسبب توافر تلك الظروف الواقعية الخاصة — أن تستقيم مع ذلك المعنى . وفي هذه القضية بالذات كان بلوغ المتهم سن العشرين ، مضافا الى طريقة عيشه التي بينتها محكمة الموضوع ، ظرفا يسمح باعتبار المتهم غير خاضع لرعاية أبيه ويكفى لرغض الدعوى المدنية ضد الأب ، فاكثفت محكمة النقض بذلك في رغض الطعن الذي كان يرمى الى القول بتوافر الرعاية ، واكتفت بذلك نظرا لانعدام مصلحة الطاعن في التقرير أولا بقبول الطعن تمشيا مع المبدأ ثم الحكم برغض التعويض اعتمادا على ظروف الدعوى .

يبين من ذلك أن عبارات هذا الحكم لا تكشف بصفة قاطعة عن رأي محكمة النقض ، وأنها توجب على الأقل التشكك في صحة التفسير الذي تنادى الى الذهن بآدى الأمر ، وأنها في حاجة الى حكم آخر يجلو معناها ويرفع عنه كل شك .

حكم ٣ مايو سنة ١٩٤٣ :

وقد شاعت الظروف ألا يبطىء هذا الحكم الآخر أكثر من أربعة أشهر ، فأتيج لمحكمة النقض أن تقرر ذات المبدأ مرة ثانية في حكمها الصادر في ٣ مايو ١٩٤٣ ، وأن تطبق هذا المبدأ على وقائع الدعوى المعروضة عليها تطبيقا لا يدع أى مجال للشك في أنها تعتبر مسئولية الأب محدودة بولايته على نفس الولد ، أى أنها تنتهى ببلوغ الصغير سن الخامسة عشرة على الأكثر . وبيان ذلك أن محكمة الزقازيق الابتدائية الأهلية كانت قضت في ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ بهيئة استئنافية بمسئولية متهم عمره ١٩ سنة وباعتبار أبيه أيضا مسئولا عنه مدنيا استنادا الى رأى الراجع في

الفقه والقضاء الذي يعتبر الأب مسئولا عن فعل ولده حتى يبلغ هذا سن الرشد المالى مادام في رعاية أبيه . فطمن الأب في هذا الحكم بأنه أخطأ إذ جعل مسؤولية الأب تمتد حتى يبلغ الولد سن الحادية والعشرين في حين أن هذه المسؤولية يجب أن تنتهى بتجاوز الولد سن البلوغ الذي تنتهى به الولاية على النفس بمقتضى أحكام الشريعة الفراء . فقبلت محكمة النقض هذا الطعن وقضت برفض الدعوى المدنية الموجهة الى الطاعن وقالت في أسباب حكمها (بعد أن أعادت تقرير المبدأ الذي سبق أن قررته في حكم ٤ يناير ١٩٤٣) : « ان الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان هذا قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، واذا قال ان الابن يبقى في حفظ أبيه حتى يبلغ احدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال كما هو القول » .

وقد دلت محكمة النقض بقبولها الطعن ونقص الحكم المطعون فيه وتوكيدها صراحة أن واجب الحفظ بالنسبة الى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها ، دلت بطريقة واضحة لا تحتل لبسا ولا تأويلا على قصدها في العدول عن الرأي الغالب الى الآن في الفقه والقضاء ، وعلى رغبتها الأكيدة في الأخذ بالرأى الذي قضت به بعض المحاكم الجزئية والابتدائية ، وأخيرا محكمة جنايات طنطا . والذي يجعل مسؤولية الأب عن أعمال ولده ، مسؤولية مفترضة ، تنتهى بمجرد بلوغ الولد طبقا لقواعد الشريعة الفراء .

وكنا ننتظر من محكمتنا العليا وقد دعت للفصل في مسألة خلافية ورأت تقرير مبدأ جديد فيها تخالف به اجماع الفقه وأغلبية أحكام المحاكم أن تعرض للخلاف في أصله وأن تمحص كلا من الآراء المختلفة في الموضوع وحججه حتى يجيء تقريرها للمبدأ الذي اعتمدته مدعما بالأسباب المؤدية اليه فتظهر وجهته لرجال القانون ويطمئن اليه

المتقاضون • أما في هذين الحكمين ، فقد اقتضت محكمة النقض على تقرير المبدأ باعتباره قضية مسلمة ، في عبارات يكفى أن يؤخذ عليها أنه أمكن لصاحب كتاب المسؤولية المدنية ، وهو مستشار بمحكمة الاستئناف ، أن يفهم منها خلاف المقصود بها ، ولم تبين الأسباب التي استندت إليها في تقرير هذا المبدأ وتغليب الرأي الذي أخذت به على الرأي الراجح الى الآن • فأصبح من المتعين علينا إذا أردنا أن نتبين هذه الأسباب أن نرجع الى الحكمين المطعون فيهما ، فنعتبر محكمة النقض قد أقرت الأسباب التي استندت إليها حكم محكمة جنابات طنطا الصادر في ٢٥ مايو ١٩٤٢ الذي رفضت الطعن المقدم عنه وأنها لم تقر الأسباب التي استندت إليها حكم محكمة الزقازيق الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ الذي نقضته بعد أن قبلت الطعن المقدم عنه •

ونحن اتماما للفائدة نرى أن نورد فيما يلي أسباب الحكم الأول مع التعميق عليها في الهامش بما عن لنا من ملاحظات بشأنها ، وأن نردفها بملخص واف لأسباب الحكم الثاني ونحيل فيما يتعلق بأسبابه الى تعليقاتنا على حكم آخر سبق صدوره في نفس المعنى وبناء على الأسباب ذاتها •

قالت محكمة الجنابات بعد أن أدانت المتهم في الجريمة المرفوعة بها الدعوى عليه وألزمته وحده بمبلغ التعويض الذي رأت الحكم به :

« أما فيما يختص بوالده ... فإن المحكمة لا ترى لها محلا ، ذلك لأن المادة ١٥١ مدني اذ نصت على مسؤولية الانسان عن أعمال الغير اشترطت أن يكون هذا الغير تحت رعايته حتى يحاسب على الاهمال أو عدم الدقة في ملاحظة من هم تحت رعايته • والواقع أن المسؤولية عن أعمال الغير لم تحد عن القاعدة الأصلية التي ترجع كل مسؤولية الى نوع من أنواع الخطأ الموجب لها ، وليس تقصير الانسان في مراقبة من هم تحت رعايته الا خطأ شخصيا يتصل به أولا وبالذات (٧) على أن هذه

(٧) لا شك ان المحكمة تقصد بذلك ان اساس المسؤولية من اعمال =

المسئولية تتعدم وينفرد بها محدث الضرر اذا ما أصبح لهذا شخصية مستقلة واكتملت له الحرية في تصرفاته وأعماله (٨) . ولا يمكن أن تقاس هذه الشخصية بالمقياس المقرر لسن بلوغ الرشد كما يحدده قانون المجالس الحسبية أى باحدى وعشرين سنة ، بل بالولاية على نفس الشخص كما تفرضها الشريعة الاسلامية أى بالبلوغ الجنسى للذكر والأنثى أو ببلوغها الخامسة عشرة (٩) . ولعله مما يقرب وجهة النظر هذه أن قانون العقوبات حين تحدث عن معاملة المجرمين الأحداث رتب

= الغير لا يختلف عن أساس المسؤولية عموماً ، وهو الخطأ الشخصى ، وأنها لم تقصد نفى استثناء المسؤولية عن أعمال الغير من قاعدة وجوب اثبات الخطأ كما ذهبت الى ذلك بعض احكام محكمة الاستئناف المختلطة (٨ مايو ١٩٢٠ ب ٤٢ — ٤٨٥ ، الغازيت ٢٠ — ١٨٤ — ١٦٩ ، ٨ مارس ١٩٢٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣) بدليل أنها لم تطالب المدعى المنفى باثبات خطأ الاب في ملاحظة ولده . بل أجهدت نفسها في تلمس الحجج التى استدلت بها على عدم توافر الشروط التى تجعل مسؤولية الاب مفترضة وقد عنت محكمة النقض بلباز هذه الصفة الاستثنائية للمسؤولية عن أعمال الغير .

(٨) ربطت المحكمة في هذه الحثية انتهاء مسؤولية الاب باكتمال شخصية الولد وحرية أى باستقلاله عن أبيه وخروجه بذلك من تحت رعايته . ونحن نسلم بهذا الارتباط ، وقد أقرته محكمة النقض .

(٩) اكثفت المحكمة بمجرد تقريرها أنه يستحيل ربط اکتبال الشخصية (أى انتهاء الرعية) ببلوغ سن الرشد المالى ، وأنه يجب ربطه بالبلوغ الجنسى ، دون تعطيل لهذا الوجوب ولا لتلك الاستحالة . ونحن وان كنا نفهم سبب هذه الاستحالة (وقد ببناء في تعليقاتنا السابقة في مجلة القضاة والاقتصاد ٧ ص ٨٩١) ، لا نرى ما يبرر ربط اکتبال الشخصية أو انتهاء الرعية بالبلوغ الجنسى ، ولا نجد له سنداً من القانون ولا من الواقع ، فالقانون لم ينص على سن معينة ، كما أنه لم ينص على القصر ولا على الرشد المالى أو البلوغ الجنسى ، ولا ربط الرعية بالولاية على النفس ولا بالولاية على المال . وكذلك الواقع لا يسمح بربط اکتبال الشخصية والاستثناء من الرعية بالبلوغ الجنسى . إذ أن الصغر يبلغ عادة حوالى الثانية عشرة من عمره ، والغالب فيه أنه يبقى في هذه السن ويعدها تحت رعاية والديه ، بل أن من الاولاد من يتجاوز سن الخامسة عشرة أو يبلغ الحادية والعشرين وهو لا يزال في دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعاً لنفوذهم وواقعاً تحت رعايتهم ، بل أن البنات في مصر معظمن يبقين تحت رعاية نوابهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعية أزواجهن (أنظر في هذا المعنى مصطفى مرعى ص ١٦٥ واستئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحامدة ٦ ص ٢٧٨) .

فيما رتب مسألة تسليمهم لولى أمرهم ، وجعل للسن في هذه الحالة حدا أقصى لا يتجاوز الخامسة عشرة ، كذلك ينص قانون المتشردين والأحداث على أن الطاعة تلزم الولد حتى الخامسة عشرة ، فإذا مرق من سلطة أبيه قبل بلوغ هذه السن وقع تحت طائلة العقاب (١٠) . وفي الحق انه يبدو غريباً أن يظل الأب مسؤولاً عن أعمال ولده الذي قارب إحدى وعشرين سنة وله مطلق الحرية في روحاته وجيئاته وله أن يطرق باب الوظائف العامة وعليه أن يؤدي الخدمة العسكرية ويختار العمل الملائم له يفيد ما شاء له الحظ أن يفيد من كسب ويخسر ما قدر له أن يخسر (١١) . بل ان قانون المجالس الحسبية أباح له أن يتولى إدارة أمواله بين الثامنة عشرة والواحدة والعشرين كما أن القانون المدني لم يجعل تصرفاته باطلة بطلاناً جوهرياً بل اكتفى بأن جعلها قابلة للبطلان يجوز أن تلحقها الاجازة (١٢) . وها هو الفقه في فرنسا بالرغم من أن

(١٠) يلاحظ أن الاستشهاد بأحكام قانون العقوبات وقانون المتشردين غير منتج في هذا الموضوع ، لان النصوص الخاصة بالجرمين الأحداث اذا كانت تجيز للمحكمة أن تستبدل بالمعقوبة العادية فيما يتعلق بين لم يبلغوا الخامسة عشرة تسليمهم لولى أمرهم ، فلا يفيد ذلك حتياً أن هؤلاء الأحداث تكبل شخصيتهم بتجاوز هذه السن أو أنهم لا يكونون بعدها خاضعين فعلاً لآبائهم ياترون بأمرهم وينتهون بنهيمهم . وكذلك الحال بالنسبة لقانون المتشردين الأحداث فانه بقرر مدة اجبارية يلزم فيها الصغر قانوناً بالخضوع لوالده ولكنه لا ينفي استمرار خضوعه له فعلاً بعد هذه المدة .

(١١) نظرت المحكمة في ذلك الى الشاب الذي قارب الحادية والعشرين والذي اكتمل نضوجه واستقل بشئون نفسه . ونحن لا ننزع في انقطاع رعاية الاب لمثل هذا الشاب وانتهاء مسؤوليته عنه . ولكن المحكمة لم تنظر الى الأحداث من وقت بلوغهم الجنسي الذي يكون عادة في الثانية عشرة أو على الأكثر في الخامسة عشرة ، ولو نظرت اليهم ما استطاعت أن تقول في شأنهم ما قالت في شأن من نظرت اليه ، مع أنهم جميعاً يدخلون في فترة من السن واحدة هي الفترة التي تفصل بين البلوغ الجنسي والرشد المالي أي الفترة التي ينصب عليها الخلاف في شأن قيام أو عدم قيام قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه في اثباتها . ويلاحظ أن حكم محكمة الزقازيق نظر الى الفئة التي لم تنظر اليها محكمة الجنائيات ، فأدى به هذا النظر الى الرأي العكسي .

(١٢) لا نرى أن أحكام قانون المجالس الحسبية والقانون المدني تنيد شيئاً في تقرب رأي المحكمة ، وفي تدليلها على اكتمال شخصية الصغر =

نص المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى أضيق نطاقا من المادة ١٥١ مدنى مصرى رأى أن يخفف وطأة هذا الجمود فأخلى الوالد والوالدة من المسؤولية عن أعمال الابن والابنت اذا تزوجا قبل بلوغ سن الرشد ارتكانا على أنهما بهذا الزواج قد حصلا على قسط من الحرية يجعلهما بمنأى عن سلطة الأبوين (١٣)، وحيث انه من ذلك لا يكون ٠٠٠ أبو المتهم ٠٠٠

= بالبلوغ الجنسى (اولا) لانها اجنبية عن الموضوع ، اذ هى تتعلق بالرشد المالى وبالاهلية لبإثارة التصرفات القانونية ولا صلة لها بالولاية على النفس ولا باستقلال الشخصية واستفنائها عن الحفظ والرعاية . و (ثانيا) لانها ان اُفادت شيئا فانما تفيد ان القاصر لا يستغنى عن رأى وليه ولا يستقل بأمر نفسه ، وأنه بعد الثامنة عشرة أنها تسلم اليه ادارة أمواله على سبيل التجربة تحت رقابة وليه او رقابة المجلس الحصى بحيث لو اساء التصرف سلبت منه تلك الإدارة . وان بطلان تصرفاته بطلانا نسبيا لا كبر دليل على عدم اكتمال شخصيته وعلى قصد المشرع حمايته ضد نفسه ، فضلا عن أن هذا البطلان يلحق تصرفات القاصر من سن السابعة الى سن الحادية والعشرين، والاستناد اليه كان يقتضى القول بأن شخصية القاصر تكمل من سن السابعة، ويتبع اكتمالها ارتفاع المسؤولية عن الاب . ولكن احدا لم يقل بذلك قط ، ويلاحظ أن حكم محكمة الزقازيق اخذ من قانون المجلس الحسبية ومذكرته الإيضاحية دليلا على الرأى العكسى .

(١٢) اذا كان نص المادة ١٢٨٤ فرنسى أضيق نطاقا من نص المادة ١٥١ مصرى فقرة ثانية من حيث انه يفرض مسؤولية الاب مادام ولده قاصرا ، فان الشراح الفرنسيين قد اعتبروا هذه المسؤولية المفترضة نتيجة لما للاب من سلطة على اولاده *puissance paternelle* ، ولما كانت المادة ٢٧٢ مدنى فرنسى تنص على أن هذه السلطة تبقى للاب حتى بلوغ الولد سن الرشد أو اطلاق التصرف له *émancipation* فقد اعتبروا الاب وفقا لهذه المادة الاخيرة مسؤولا مادام ولده قاصرا ولم يطلق تصرفه ، واجمعوا على انقضاء مسؤوليته هذه ببلوغ الولد سن الرشد أو باطلاق التصرف له متى كان هذا الاطلاق حاصلًا بحكم القانون بسبب عقد زواج القاصر (انظر تعليقاتنا التى سبقت الإشارة اليها فيما تقدم ص ٣٥٢ وما بعدها) .

ويظهر من ذلك أنهم يعتبرون زواج القاصر — وهو لا بد فيه من موافقة والديه — قريبة على اكتمال شخصيته واستقلاله وخروجه من تحت رعاية أبيه . ولا مانع عندها من التمويل على زواج القاصر فعلا باعتباره من العناصر التى يستفاد منها غالبا استقلال الولد عن أبيه وانتهاء خضوعه لرعايته . ولكن لا يجوز الاستدلال بذلك على القول بانتهاء رعاية الاب بمجرد وصول الولد الى البلوغ الجنسى أو بمجرد بلوغه سن الاهلية القانونية للزواج ، لان المبرة فى تقدير انتهاء حالة الرعاية أو استمرارها بحصول الزواج فعلا الذى يدل على اكتمال الشخصية واستقلالها ، لا بمجرد امكان حصوله طبيعيا من وقت البلوغ أو قانونا من وقت الاهلية .

مسئولا عن أعمال ابنه الذى قيل انه وقت الحادثة ما كان قد بلغ الواحدة والعشرين سنة تماما والذى بلغ وقت نظر الدعوى الثالثة والعشرين » .

أما أسباب حكم محكمة الزقازيق الصادر فى المعنى العكسى بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ ، فهى فى معظمها تكرار حرفى لأسباب حكم أصدرته فى هذا المعنى محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢ مايو ١٩٤٠ (١٤) وسبق لنا التعليق عليه فى هذه المجلة (١٥) ، فنكتفى بالإحالة على هذا التعليق .

ويلاحظ قبل كل شيء أن حكم محكمة الزقازيق كان متأثرا فى حججه وأسانيده بالنظر الى حالة الشخص الذى جاوز سن البلوغ الطبيعى بيوم واحد أو بلغ الخامسة عشرة ويوما واحدا ، والى ما فى القول بانتهاء مسئولية أبيه عنه من مفاجأة للعدالة ، فى حين أن حكم محكمة جنابات طنطا كان متأثرا بالنظر الى حالة الشخص الذى قارب سن الرشد المالى دون أن يبلغه ، والى ما فى القول باستمرار مسئولية أبيه عنه حتى هذه السن من مفاجأة للعدالة أيضا ، وإن محكمة النقض تأثرت فى حكمها بالنظر الى هذه الحالة الأخيرة وحدها لأن الولد مرتكب الفعل الضار كان فى كل من القضيتين قد جاوز سن العشرين .

وفى اعتقادى أن محكمة النقض لو أنها عرضت فى حكمها لمناقشة أسباب الحكمين المطعون فيهما ، لتفادت التأثير الذى وقعت فيه من جراء النظر الى إحدى الحالتين المتطرفتين دون الأخرى ، ولظهر لها أن القول بانتهاء مسئولية الأب بمجرد بلوغ الولد بلوغا طبيعيا — وقد يكون ذلك فى سن الثانية عشرة أو قبلها — ليس أقل بعدا عن العدالة وعن القانون من القول باستمرار مسئولية الأب عن ولده الذى بلغ العشرين أو جاوزها ، وأن الرأى الذى قدمناه فيما سبق هو وحده الذى

(١٤) المحاباة ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ .
(١٥) القانون والاقتصاد ١٣ — ١ من ٢٣٥ — ٢٤٤ . انظر ما تقدم فى ص ٢٤٠ وما بعدها .

يتفق مع القانون المحرى ويسمح بتحقيق العدالة في جميع الحالات على السواء .

على أنا نسارع الى القول بأن عبارات محكمة النقض قد أوجت الينا بتفرقة جديدة لا ندعى أن المحكمة قصدتها ، فنفرق بين شيئين :

(١) السلطة الفعلية التي تكون لشخص على آخر وتوجب على الأول منع الثاني من الأضرار بالغير . وهذه السلطة هي التي تتوافر بها حالة الرعاية التي تقوم عليها مسئولية الراعى المفترضة عن فعل المرعى ، سواء أكانت هذه السلطة مستمدة من القانون أم من الواقع (١٦) .

(٢) واجب الحفظ المفروض قانونا على الأب لمنع الضرر عن ولده ومنع ولده من الأضرار بالغير ، والذي يترتب على الوفاء به توافر السلطة الفعلية المذكورة آنفا ، بينما يعتبر الاخلال به خطأ شخصيا يستتبع مسئولية الأب مسئولية مباشرة (١٧) .

وهذه التفرقة تسمح لنا بأن نساير محكمة جنايات طنطا ومحكمة النقض في القول بأن واجب الحفظ المفروض على الأب ينتهى ببلوغ الولد طبقا لأحكام الشريعة الغراء ، لأنه هو وحده المرتبط بالولاية على النفس . أما السلطة الفعلية التي تتوافر لشخص على آخر ، فقد تكون نتيجة للقيام بواجب الحفظ المرتبط بالولاية على النفس ، وقد لا تكون كذلك كما اذا استمر الولد خاضعا لسلطة أبيه بعد انقضاء واجب الحفظ المفروض قانونا على الأب ، وبما أن المسئولية التي قررتها المادة ١٥١ فقرة ثانية انما تقوم — كما تقول محكمة النقض — على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار ، فانها تعتبر — كما تقول محكمة الزقازيق —

Pouvoir de fait en vertu duquel une personne se trouve (١٦)
effectivement sous la garde d'une autre et soumise à sa surveillance.
Obligation légale de garde remplie ou non remplie. (١٧)

أجنبية عن قواعد الشريعة الإسلامية ، ولا محل للتقيد فيها بسن انتهاء
الولاية على النفس .

ويناء على ذلك يمكننا أن نسلم بأنه مادام الولد لم يبلغ طبقا
لقواعد الشريعة الغراء ، فإن والده يكون ملزما بأبواقه في حفظه . فان
تركه يتشرد دون أن يتخذ الاجراءات الكفيلة برده اليه ، أو عهد بحفظه
الى شخص أساء اختياره ، كان مخطئا خطأ شخصيا ومسئولا عن هذا
الخطأ مسئولية مباشرة طبقا للمادة ١٥١ فقرة أولى . ومسئوليته هذه
هى التى تنتهى تبعاً لانتهاء واجب الحفظ بمجرد بلوغ الولد . أما ان
استبقى الأب ولده في حفظه ، سواء أكان ذلك في أثناء قيام واجب الحفظ
الذى ينتهى بانتهاء الولاية على النفس وتنفيذا لهذا الواجب ، أم كان
بالتراضى على ذلك بين الطرفين بعد انتهاء واجب الحفظ ، فإن وجود
الولد في حفظ أبيه وخضوعه لسلطته يجعل حالة الرعاية قائمة بينهما
ويكفى لتوافر مسئولية الأب عن فعل ولده مسئولية مفترضة طبقا للمادة
١٥١ فقرة ثانية باعتباره راعيا له بصرف النظر عن سن الولد (❊) .

(❊) وقد اخذ مشروع تنقيح القانون المدنى بوجهة النظر هذه في المادة
٢٤١ من المشروع التمهيدى المطبوع سنة ١٩٤٠ ، وكان نصها كما يأتى :
« كل من يجب عليه ، قانونا أو اتفاقا ، رقابة شخص في حاجة الى الرقابة
بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض
الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا
الالتزام قائما حتى لو كان من وقع منه العمل الضار شخصا غير مميز . » .
وقد اخذ التقنين المصرى الجديد بالفكرة الأساسية في هذا الراى حيث
نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ منه على أن « يعتبر القاصر في حاجة الى
الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على
تربيته » فاعتبر الصغير في رعاية أبيه قانونا حتى يبلغ الخامسة عشرة
وسواء كان يقيم معه أو لا ، ما لم يثبت أن الولد كان وقت ارتكابه الفعل الضار
في رعاية شخص آخر كالأم في أثناء حضانتها ولدها ، وكالمربي أو المدرس
أو معلم الحرفة أثناء وجود الولد في رعايتهم . أما بعد هذه السن وإلى أن
يبلغ الصغير سن الرشد فقط — لأن النص خص القاصر بهذا الحكم — فلا
يعتبر في رعاية أبيه الا اذا كان يعيش في كنفه . ومعنى ذلك أن يكون الصغير
يعول في معيشته على أبيه ويخضع لأمرائه ولو لم يكن مقبيا معه .
وبين من ذلك أن التقنين الحالى يشترط في مساءلة الأب مسئولية
مفترضة عن أعمال ولده غير المشروعة أن يكون الولد قاصرا وقت ارتكابه =

٤ — مسؤولية الأب عن أعمال ابنه ، ومتى تنتهى ؟ (*) :

نصت المادة ١٥١ غقرة ثانية مدنى على مسؤولية الشخص عن هم تحت رعايته . وقد طبقت المحاكم ذلك على مسؤولية الأب عن أعمال ابنه المشمول برعايته ، ولكنها اختلفت فيما يتعلق بسن الولد التى تنتهى ببلوغه اياها مسؤولية أبيه عن أعماله ، فذهب فريق الى أن مسؤولية الأب تمتد مادام الولد فى رعايته ولم يبلغ سن الرشد القانونى وهى احدى وعشرون سنة ، وذهب فريق آخر الى أن هذه المسؤولية تنتهى بانتهاء الولاية على النفس أى ببلوغ الولد سن الخامسة عشر على أكثر تقدير . وقد أيدت محكمة النقض هذا الفريق الأخير بحكميها الصادرين فى ٤ يناير ١٩٤٣ وفى ٣ مايو ١٩٤٣ اللذين علقنا عليهما فى حينهما (١٧ مكرر) وقلنا ان هذا رأى لا يتفق مع القانون ولا مع العدالة ، لأن القانون لم يشترط الا أن يكون مرتكب الفعل الضار فى رعاية غيره حتى يسأل عنه هذا الغير ، ولأن العدالة تأبى أن يفلت الأب من المسؤولية عن أفعال ولده الضارة بمجرد بلوغ الولد البلوغ الذى تنتهى به الولاية على النفس وقد يكون ذلك فى سن لا تجاوز الثانية عشرة واعتبرنا مجرد وجود الولد

= هذه الاعمال وخاضعا لرقابته قانونا او فعلا . كما بين ان القانون يعتبر الولد فى رعاية أبيه قانونا حتى يبلغ الخامسة عشرة . أما بعد ذلك فلا بد ان يثبت أن الولد كان لا يزال فى كف أبيه أى انه مازال خاضعا فعلا لرقابته . ومتى ثبت ذلك تمين على المحكمة أن تأخذ بمسؤولية الاب المفترضة دون حاجة الى اثبات خطئه ، والا فان حكما يكون متعين النقض ولو تذرعت فيه بعدم ثبوت أى خطأ فى جانب الاب وليس معنى ذلك أن الاب لا يسأل عن أعمال ولده مجرد بلوغ الآخر سن الرشد ولو كان مجنونا أو معتوها ، اذ ان القانون كما فرض على بعض الاشخاص واجب رقابة غيرهم ممن يكونون فى حاجة الى الرقابة بسبب صغر سنهم فرضه أيضا بالنسبة الى من تكون بهم عاهة عقلية أو جسدية تجعلهم فى حاجة الى الرقابة . ومن البدهى أن يقع واجب رقابة البالغ المجنون او المعتوه فى الاصل على عائق أبيه ، ما لم يثبت هذا أنه قد وضع ولده المذكور فى رعاية شخص آخر وتحت رقابته .

(*) ١٩٤٩ .

(١٧ مكرر) انظر ما تقدم فى ص ٣٦٢ وما بعدها .

في رعاية أبيه كافيا لمساعدة الوالد عن أعمال ولده بقطع النظر عن سن الولد (أنظر القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ وما بعدها ، يراجع ما تقدم في ص ٣٦٢ وما يليها) .

والظاهر أن المحاكم الابتدائية والاستئنافية لم تقتنع بعد بالرأى الذى أخذت به محكمة النقض فى الحكمين المذكورين ، فقد ذهبت محكمة الاستئناف فى حكم حديث لها الى الرأى الآخر وقالت فيه انه بالنسبة لما دفع به المسئول عن الحقوق المدنية (الأب) الدعوى المدنية المرفوعة عليه من بلوغ المتهم السن التى لا يجوز معها اعتباره مسئولا عنه ، فالثابت أن المتهم كانت سنه وقت ارتكاب الفعل الضار بين ١٧ و ١٨ سنة وحيث انه وان كان المتهم قد جاوز حد الولاية على النفس الا أنه لازال فى كنف والده وهو الذى ينفق عليه فى استكمال دراسته وفى معيشته اجمالا . ومن مال الوالد استأجر الولد الموتوسكيل الذى ارتكب به هذا الحادث مما يستوجب مسؤولية الوالد مدنيا لعدم قيامه بواجب رعاية المتهم وملاحظته الملاحظة التى تمنعه من التورط فيما وقع فيه ، ولذلك يكون مسئولا فى حدود المادة ١٥١ مدنى اذ أن المتهم لم يبلغ بعد سن الرشد القانونى » . (أنظر حيثيات هذا الحكم فى صلب حكم النقض الآتى ذكره) .

وهذا الذى أخذت به محكمة الاستئناف يتفق الى حد كبير مع الرأى الذى قلنا به فى تعليقاتنا السابقة .

غير أن محكمة النقض ثبتت على قضائها السابق ، ونقضت هذا الحكم بحسبة واحدة قالت فيها : « وحيث ان الحكم المطعون فيه قد أخطأ اذ اعتبر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان هذا قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وقت ارتكاب الواقعة لأن الحفظ بالنسبة الى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها » . (نقض جنائى ١٧ تمراير ١٩٤٧ مجموعة اعاصم للنقض الجنائى ٢ — ٢٧ — ٢١) .

ولأن هذا الحكم لم يأت بأسباب جديدة غير الأسباب التي غندناها في تعليقاتنا السابقة تكفي بالإشارة إليه مع التنبيه إلى أن المشرع ذهب في التقنين المدني الجديد مذهباً يختلف عن رأى محكمة النقض وهو أقرب ما يكون إلى الرأى الذى قلنا به فى ظل القانون الملغى ، وقد نحر على ذلك فى المادة ١٧٣ مدنى جديد التى تقضى بأن : « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويتربط هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز ، ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته ... » .

وظاهر من هذا النص أنه يعتبر الولد فى رعاية أبيه بقوة القانون إلى أن يبلغ الخامسة عشرة ، فيسأل عنه أبوه ولو كان الولد خارجاً بالفعل عن سلطة أبيه لأن الأب يكون فى هذه الحالة الأخيرة مقصراً فى عدم الاحتفاظ بسلطة الرقابة على ابنه . أما إذا بلغ الولد الخامسة عشرة فلا يسأل عنه أبوه إلا إذا ثبت أن الولد بقى فى كنف أبيه أى ظل خاضعاً لرعايته . وغنى عن البيان أن عبء اثبات ذلك يقع فى هذه الحالة الأخيرة على المدعى بالتعويض ، فيكون الأصل أن الأب غير مسئول عن ابنه الذى جاوز الخامسة عشرة ما لم يثبت المدعى أن الولد بقى رغم تجاوزه هذه السن عائشاً فى كنف أبيه أى خاضعاً لرعايته .

(ب) مسئولية المربي ومسئولية المدرسة

١ — مسئولية المربي عن أعمال تلامذته واثـر ظرف المفاجأة فى تعدى تلميذ على زميل له (※) : نصت المادة ١٥١ غقرة ثانية / ٢١٣ مدنى على الزام الانسان بتعويض الضرر الناشئ للغير عن اعمـال من هم تحت

(※) منشور بمجلة القانون والاقتصاد م ٧ عدد أبريل ١٩٢٧ ص ٦٥١ وما بعدها .

رعايته ، أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم ، ولم تبين الأشخاص الذين يسألون عن أفعال الغير كما بينتهم المادة ١٣٨٤ فرنسى ، ولكن الفقه والقضاء فى مصر لم يترددا فى تقرير مسئولية الأشخاص الذين ذكرتهم المادة الفرنسية (وهم الأب والأم ، والمربى ، ورب الحرفة ، والمخدوم ، والسيد) بالاستناد الى النص العام ، الذى ورد فى المادة المصرية (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ١٩) .

والاجماع منعقد على أن النصوص الفرنسية والمصرية التى قررت ذلك انما أنشأت قرينة قانونية بسيطة يجوز اسقاطها بالدليل العكسى ، وهو دليل انتفاء الخطأ أو انتفاء السببية ، فيما عدا مسئولية المخدوم والسيد (أنظر المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ١١٥) ، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، والمحاكم المصرية طبقت حكم هذه الفقرة مع عدم ورود نصها فى مجموعة القوانين المصرية (استثناف مصر ١٣ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٢٣٩ — ١٢٨ ، ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٩٩٠ — ٤٩٤ ، أسيوط الابتدائية ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ، نقض مصرى مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ . وانظر عكس ذلك الاسكندرية الأهلية (جنح مستأنفة) ٢٦ يونيه ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ١٠١ — ٣٨) (١٨) .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة الزقازيق الكلية فى ٢٥ فبراير ١٩٣٥ (المحاماة ١٦ — ٧٤٠ — ٣٤٢) بنفى المسئولية عن الربى لثبوت عدم تقصيره فى رقابة تلامذته وقت الحادث ، وأضافت الى ذلك أيضا انتفاء السببية بين وقوع الحادث وبين ما يمكن تصور حصوله من تقصير فى الرقابة من جهة الربى . فقالت بعد أن أثبتت قيام الربى بواجب الرقابة

على الوجه الأكمل : « انه من المقرر أن مسؤولية الانسان عن تعويض الضرر الناشئ عن أعمال من هم تحت رعايته أساسها الخطأ من جانب ذلك الانسان ، أى انه لا مسؤولية الا اذا كان هناك اهمال أو تقصير في الرقابة ، وكانت هناك علاقة ارتباط مباشرة بين الخطأ والحادثة الذى يطلب عنه التعويض . والحادثة (فى واقعة الدعوى الحالية) ما كان متوقعا ولا ممكنا اتقاؤه وتلافيه أو التكهّن بوقوعه ، لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، فالمجنى عليه وقف يذاكر بعد انتهاء اللعب فما كان من المتهم الذى كان واقفا بالقرب منه مع بعض زملائه الا أن باغته وأخذته على غرة فأوقعه ، (وأحدث كسرا بذراعه) ، وما كانت الرقابة لو تصورناها فى أشد صورها لتحول دون وقوع ذلك الحادث ، اذ أنها فكرة خطرت بذهن المتهم لا سلطان لأحد عليها غير ارادته ولا سبيل الى استطلاعها قبل تنفيذها ، وقد جاء تنفيذها سريعا لم يسمح بالحيلولة دون تمامه ، وحصول الحادثة على هذا النحو من السرعة والمفاجأة معناه أنها كانت تقع مهما كانت الرقابة شديدة وحازمة ودقيقة ، اذ ما كان يمكن تلافيتها بحال ، ومفهوم من ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادثة ، بل كان وقوعها محتملا ولو مع الرقابة الشديدة » .

وقد كان فى وسع المحكمة أن تكتفى بمجرد ثبوت انتفاء الخطأ وقيام المرمى بواجب الرقابة على الوجه الأكمل ، ولكنها أحسنت صنعا اذ أضافت الى هذا السبب الذى هدمت به ركن الخطأ المفترض اللازم لقيام المسؤولية ، سببا آخر هدمت به ركن السببية لأنها رأت وجوب اجتماع هذين السببين من أسباب دفع المسؤولية ، بل لأنها أبرزت أثر انتفاء السببية فى دفع المسؤولية ، اذ كثيرا ما يغفل الباحثون أمره مع أنه أبعد مدى من أثر مجرد انتفاء الخطأ (راجع فى شأن ذلك سليمان مرقس فى نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٠٠ وما بعدها و ص ١٥٣ وباللغة الفرنسية ص ٩٦ و ١١٧) .

٢ — مسؤولية المعلم المفترضة وجواز دفعها بأثبات وقوع الحادث مفاجأة (*) :

قررت محكمة النقض في ٢١ أكتوبر ١٩٤٦ أن : « ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة كانت نتيجة حادث فجائي ليتخلص من المسؤولية الا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروضة عليه » (مجموعة عاصم للنقض المدني ١ ص ٤٠ رقم ١٠ المحاماة ٢٧ ملحق مدني ٣٨٦ — ١٦٠) .

وظاهر أن تقرير المبدأ بهذا الشكل يجب أن يكون محل نظر . ذلك أن مسؤولية المعلم ومسؤولية المرء عنهم تحت رعايته بوجه عام اما أن تقوم على القواعد العامة فيجب فيها اثبات خطأ المسئول ، واما أن تقوم على النص الخاص الذي يجعل هذه المسؤولية مقررة ابتداء ومستندة الى افتراض الخطأ في الرقابة وافترض السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر (المادة ١٥١ فقرة ثانية) . فاذا بنيت المسؤولية على القواعد العامة وثبت فيها خطأ المسئول ورابطة السببية بين هذا الخطأ والضرر ، فلا محل بعد ذلك للتذرع في دفعها بوقوع الحادث مفاجأة . أما اذا بنيت المسؤولية على أساس الخطأ والسببية المفترضين ، فانه يكفي في دفعها بأحد أمرين : اما نفى الخطأ واما نفى السببية . ويكون نفى الخطأ باقامة المربي أو المعلم الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب الرقابة ، ويكون نفى السببية باقامة الدليل على أن الضرر كان لايد واقعا ولو لم يحصل من المعلم أو المربي خطأ في الرقابة ، أي على أن الخطأ المفروض في جانبه لم يكن هو السبب في حدوث الضرر (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١١٨) .

وقد أثير أمام محكمة النقض في قضية سابقة البحث فيما اذا كان يجوز للمربي أن يدفع مسؤوليته بأن الحادث وقع مفاجأة ، وكلنت محكمة

الموضوع قد أجازت ذلك ، فطعن في حكمها بأنه أخطأ في تفسير القانون وتطبيقه بأن نفى المسؤولية عن ناظر المدرسة بحجة أن الحادثة وقعت فجأة مع أن القانون المصرى لم يأخذ بما أخذ به القانون الفرنسى من اعتبار المفاجأة سببا معفيا من المسؤولية المدنية . فحكمت محكمة النقض بتاريخ ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ : « بأن زعم المدعى المدنى بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها في القانون المصرى سببا للاعفاء من المسؤولية المدنية ما لم ينص عليها فيه ، لا يعأ به إذ الأمر ليس بحاجة الى نص خاص بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر ، وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ ، وإن القول بحصول الحادث فجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة ، إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم من ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (المحاماة ١٥ - ١ - ١٩٨ - ٩٤ وقد حكمت بذلك أيضا محكمة الزقازيق الكلية في ٢٥ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ - ٧٤٠ - ٣٤٢ واستندت في ذلك الى حكم النقض سالف الذكر) »

ويخلص من ذلك أن محكمة النقض تعتبر أن اثبات وقوع الحادث مفاجأة دليل على انتفاء السببية بين الخطأ المفترض ووقوع الفعل الضار ، وأن ذلك يكفى وحده لدفع مسؤولية المربى المفترضة دون حاجة لاقامة المربى الدليل على أنه قام بواجب الرقابة المفروضة عليه . وهذا هو الذى يتفق مع المبادئ العامة ومع الأساس الذى تقوم عليه مسؤولية المربى المفترضة .

فهل قصدت محكمة النقض بما قررته في حكمها محل هذا التعليق أن تحيد عن المبادئ التى سبق أن قررتها في سنة ١٩٣٤ ؟ لا شك عندي في أنها لا يمكن أن تكون قد قصدت ذلك ، والغالب أن عبارتها الأخيرة متأثرة بوقائع الدعوى التى كانت معروضة عليها ، ويعوزها شيء من

الدقة والتحديد يجعلها تستقيم مع المبادئ العامة وتتفق مع القضاء السابق .

وتلخص وقائع الدعوى في أن عز الدين أغندى المدرس أعطى التلميذ عبد العظيم ورقة وكلفه أن يكتب فيها أسماء التلاميذ الذين يحدثون الضجة والغوغاء ، فأحدث التلميذ محمد عبد الوهاب الضجة ، فأذره عبد العظيم أنه سيكتب اسمه فضربه محمد عبد الوهاب عمدا بالريشة في عينه اليمنى ، وقد اعتبرت المحكمة المدرس مخطئا في تكليف التلميذ عبد العظيم وهو لم يبلغ السابعة من عمره بالمراقبة وكتابة أسماء زملائه المشاغبين ، وأن هذا التكليف كان السبب في الحادث اذ هو من شأنه أن يثير حفيظة التلاميذ المشاغبين ، ثم خلصت الى القول بمسؤولية المدرس طبقا للمادة ١٥١ مدنى ، ومسئولية الوزارة طبقا للمادة ١٥٢ مدنى ، وتمسكت الوزارة بأن الحادث وقع مفاجأة ، ولم ترد محكمة الاستئناف على ذلك فطعنن الوزارة في الحكم ، وردت محكمة النقض على هذا الطعن بالمعبرة التى صدرنا بها هذا التعليق .

وبين من ذلك أن محكمة النقض كانت في الحكم محل هذا التعليق في صدد مسئولية مبنية على خطأ وسببية ثابتين وفقا للقواعد العامة ، لا في صدد مسئولية مفترضة تقوم على خطأ وسببية مفروضين ويجوز دفعها بنفى الخطأ أو نفى السببية . فهى اذن قررت أن ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسئولية الا اذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروض عليه ، الأمر الذى لم يثبت في هذه الدعوى بل ثبت عكسه . وانما قصدت المحكمة بذلك : « أن ليس للمعلم أن يتمسك بالمفاجأة متى ثبت أنه مقصر في واجب الرقابة » .

وهذا لا ينفى صحة ما سبق أن قررته محكمة النقض في سنة ١٩٣٤ من أن مسئولية المربي المفترضة كما يجوز دفعها بنفى الخطأ يجوز أيضا بنفى السببية ، وبخاصة باقامة الدليل على أن الحادث وقع مفاجأة .

(ج) مسؤولية المدرسة عن ضمان سلامة التلاميذ في رحلة مسؤولة تعاقدية (*):

نظمت مدرسة جمعية الايمان رحلة لتلاميذها في المدرسة الابتدائية، وكلفت خمسة من مندوبيها مرافقة التلاميذ في هذه الرحلة وملاحظتهم في أثنائها . ولما جاء وقت الغذاء جلس المندوبون والتلاميذ تحت جميزة كبيرة ليأكلوا . وفي أثناء ذلك وصل اليهم خبر بأن أحد التلاميذ سقط من فوق ربوة عالية ، فهرعوا الى الجهة المعنية ، فوجدوا التلميذ مضرجا بدماؤه ، فاقد النطق وأعقبت ذلك وفاته .

وقد قضت محكمة استئناف مصر في ذلك بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ - ١١٦٦ - ٤٩٣) (٢٠) بأن ادارة المدرسة التي ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم . وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم وردمهم اليهم وتكون مسؤولة عن كل ما يصيبهم في هذه الرحلة مسؤولة تعاقدية تترتب عليها بمجرد اصابتهم ، وعليها هي يقع عبء اثبات عجزها .

وقد أصابت المحكمة في تكليف هذه المسؤولية بأنها تعاقدية ، كما أصابت من الناحية الموضوعية في الزام المدرسة بالتعويض عن هذا الحادث ، حيث قد ثبت الخطأ على مندوبى المدرسة في اغفالهم ملاحظة هذا التلميذ وفي عدم التحقق وقت جلوسهم للغذاء من أن كل التلاميذ موجودون معهم . ولكنها من الناحية القانونية لم تكن موفقة اذ قررت أن ادارة المدرسة لا تخلص من مسؤوليتها (٢١) في هذه الحالة

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد من ١٢ عدد مارس وأبريل ومايو ١٩٤٢ من ٣٤٤ وما بعدها .

(٢٠) انظر ايضا استئناف مصر ٧ أبريل ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ - ٨٩ -

٥٥ .

(٢١) يراجع في ذلك مؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧١ من ٥٥ وما بعدها .

الا باقامتها هي الدليل على عذرها » بأن تثبت — حسب أقل آراء الفقهاء تشددا في هذا الصدد — أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقصيرا لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ » . وقد أشارت المحكمة في ذلك الى كتاب مصطفى مرعى في المسؤولية المدنية فقرة ١٨٨ والى ما ورد ذكره في تلك الفقرة من مراجع فرنسية .

ووجه مجانبه المحكمة للصواب في هذا الذى قررته أخيرا أنها اذ كيفت بحق مسؤولية المدرسة في هذه الحالة بأنها مسؤولية تعاقدية كان يجب أن تقرر ان المدرسة لا يجوز لها دفع هذه المسؤولية الا باقامة الدليل على أن الحادث وقع بسبب أجنبى عنها (أى بقوة قاهرة أو بخطأ المصاب نفسه) طبقا لما نصت عليه المادة ١١٤٧ فرنسى ولما جرى اجماع الفقه والقضاء في مصر على تفسير المادة ١١٩/١٧٧ به . أما قولها ان المسؤولية التعاقدية يجوز للمدين دفعها بمجرد نفي الخطأ عن نفسه فانه مخالف للقانون ولا يصح الأخذ به بأى حال (راجع في هذا الموضوع بحثا مطولا لنا في كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٧٩ وما بعدها ، وعلى الأخص ص ١٠٩ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية من ص ١٠٧ الى ص ١١٢) .

وهذا هو رأى جميع الشراح المصريين ، فضلا عن الفرنسيين ، ومن بينهم الأستاذ مصطفى مرعى الذى استندت اليه المحكمة خطأ غيما ذهبت اليه ، فانه يقرر في عبارة صريحة لا تحتمل لبسا ولا تأويلا أن « الوفاء بالالتزام واجب يفرضه العقد على الملتزم ، فإذا تراخى فيه أو امتنع عنه فهو مقصر بمجرد تراخيه أو امتناعه . وعليه أن أراد التخلص من التبعة عن هذا التقصير أن يقيم الدليل على عذره ، وهو لا يعذر الا اذا أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ ما التزم به انما يرجع الى حادث جبرى أو قوة قاهرة أو يرجع الى خطأ غريمه وحده » (أنظر مصطفى

مرعى ص ٣ نبذة ٥ ، وأيضا فتحي زغلول ص ٢١٩ ، وهالتون ج ١
ص ٢٦٧ ، والسهنورى فى كتاب العقد ص ٩٥٥ نبذة ٨٥١ ، و ص ٩٦٢
نبذة ٨٥٧) •

ويظهر أن المحكمة ما وقعت فى هذا الخطأ الا لأنها خلطت بين
مسئولية المدرسة مسئولية تعاقدية عن سلامة التلاميذ الذين عهد بهم
اليها ، ومسئوليتها مسئولية تقصيرية عن الأضرار التى تقع من التلاميذ
الموكولين الى رعايتها ، فان هذا النوع الأخير من المسئولية هو الذى
يجوز دفعه بمجرد نفي الخطأ ، وهو الذى وردت بشأنه الفقرة ١٨٨ من
كتاب مصطفى مرعى التى استندت اليها المحكمة حيث يقول فيها المؤلف
عن مسئولية المعلمين وأرباب الصنائع عن أفعال من هم تحت رعايتهم من
تلاميذ أو صبيان : « ان رأى الراجع الذى تؤيده كثرة الشراح والذى
أخذت به محكمة النقض الفرنسية يقضى بأن المعلم يخلص من المسئولية
إذا أثبت أنه قام بواجب الملاحظة المفروض عليه على وجه مرض ، وان
تقصيرا لم يقع منه ، وان أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما
كانت لتحول دون وقوع الحادث الذى ترتبت عليه المسئولية » •

وكان جديرا بها بعد أن خطت الخطوة الأولى بتكليف مسئولية
المدرسة فى هذه الحالة بأنها مسئولية تعاقدية ، أن ترتب على هذا
التكليف نتيجته الطبيعية ، بدل أن تستعير له ما يترتب على المسئولية
التقصيرية ، فغشترط أن يكون دفع المسئولية بالسبب الأجنبى ، لا أن
تقرر أن مجرد نفي الخطأ يكفى لذلك (راجع فى أهمية التفرقة بين اثبات
السبب الأجنبى وبين مجرد نفي الخطأ كتابنا فى نظرية دفع المسئولية
الدنية ص ٨٠ وباللغة الفرنسية ص ٧٥) •

٢ - مسؤولية السيد والمتبوع عن فعل تابعه

(١) في تعيين مدى مسؤولية السيد عن فعل تابعه (*) :

نصت المادة ١٥٢ أهلى / ٢١٤ مختلط / ١٣٨٤ فقرة ثالثة مدنى
فرنسى على مسؤولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أعمال خدمته متى
كان واقعا منهم فى حال تأدية وظائفهم *en exécutant leurs fonctions*
وهذه العبارة من القانون المصرى يقابلها فى القانون الفرنسى عبارة :
dans les fonctions auxquelles ils les ont employés .

ويلزم لتطبيق هذا النص أن تتوافر أولا عناصر مسؤولية التابع ،
فيصبح السيد مسئولا معه مدنيا ازاء المصاب متى كان خطأ التابع واقعا
منه فى حال تأدية وظيفته (أى خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات *faute dans l'exercice même de la fonction*) . (راجع كتابنا فى نظرية دفع
المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٤٠٢ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية
ص ٤٢٢) .

ويرى فريق كبير من الشراح المتقدمين والحديثين أن مسؤولية
السيد يجب أن تقف عند هذا الحد ، أما اذا كان خطأ التابع وقع منه فى
عمل لا يدخل فى ضمن وظيفته ، فلا يسأل عنه سيده ، وذلك لأن أساس
مسؤولية السيد خطؤه المفترض فى اختيار تابعه أو فى توجيهه ورقابته ،
ولا محل لافتراض هذا الخطأ اذا كان عمل التابع وقع منه خارج حدود
وظائفه (يراجع ما يلى فى ص ٣٩٣) .

غير أن القضاء بالرغم من تسليمه بأن أساس مسؤولية السيد
خطأ مفترض فى جانبه ، لم يقف بهذه المسؤولية عند حد الخطأ فى تأدية
الوظيفة بالذات ، بل توسع فيها كثيرا ، توسعا أصبح يتعذر معه القول

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد يناير وقبرابر
١٩٤٣ ص ١٥٥ وما بعدها .

بأن هذه المسؤولية تتركز على أساس الخطأ ، حتى ان بعض الشراح الأكثر تحمسا لاعتبار الخطأ أساسا للمسؤولية بوجه عام اضطروا للتسليم بأن مسؤولية السيد قوامها تحمل التبعة .

وقد أقر القضاء كثير من الشراح على بعض ما ذهب اليه من توسع ولم يقروه على البعض الآخر .

وقد أصدرت محكمة النقض والابرام المصرية حكمتين حديتين في هذا الشأن أحدهما بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ (المحاماة ٢١ - ١٩ - ١٨) (٢٢) والثاني بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ (المحاماة ٢١ - ٨٥٢ - ٣٥٩) قررت فيهما المبادئ الآتية :

أ - ان القانون اذ نص في المادة ١٥٢ مدنى على الزام السيد بنعويض الضرر الذى يصيب الغير عن أعمال خدمه متى كان واقعا منزه في حال تأدية وظائفهم انما قصد بهذا النص المطلق أن يحمل المخدم المسؤولية المدنية عن الضرر الناتج عن كل فعل غير مشروع يقع من تابعه ، وذلك على الإطلاق اذا كان الفعل قد وقع في أثناء تأدية الوظيفة ، بغض النظر عما اذا كان قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدم ، وعما اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها .

ب - واذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية الوظيفة بالذات ، خفى هذه الحالة تقوم المسؤولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على اتیان الفعل الضار وهىأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أساس اساءة خدمه استعمال الشئون التى عهد هو بها اليهم ، متكفلا بما افترضه القانون في حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها .

وقد جاء في حيثيات أحد الحكمين ما يأتى : « ان القانون لا يشترط

لتحميل المخدم المسؤولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل — كما ذهب اليه الحكم المطعون فيه — داخلا في طبيعة الوظيفة التي عهد بها الى التابع أو أن يقع منه بصفته هذه . بل يكتفى في تقرير هذه المسؤولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هي التي ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها « ... » لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة (الأخيرة) على أساس اساءة الخدم استعمال الشئون التي عهد هو بها اليهم « ... » (المحاماة ٢١ ص ٢١ و ص ٢٢) .

ويظهر من مجموع هذه العبارات أن محكمة النقض والابرار لم تقصد بالفعل الذي يقع من التابع « في أثناء تأدية الوظيفة » الأعمال التي تدخل بطبيعتها في حدود الوظيفة كما جرت على ذلك في أحكامها السابقة (٢٣) ، وانما قصدت الأعمال التي تقع من التابع في الوقت الذي يقوم فيه بوظيفته سواء أكانت تلك الأعمال داخلة في ضمن أعمال الوظيفة أم غير داخلة فيها (٢٤) ويستفاد ذلك : (أولا) من قولها « ان القانون لا يشترط لتحميل المخدم المسؤولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا في طبيعة الوظيفة ، بل يكتفى في تقرير هذه المسؤولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة ... » ، و (ثانيا) من المقابلة التي أجرتها محكمة النقض بين الفعل الذي وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته ، والفعل الذي وقع منه في غير تأدية وظيفته أي الذي لم يقع منه في وقت تأدية وظيفته بالذات .

(٢٣) انظر نقض جنائي ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ١٤ ص ٢٩٠ ، ٦ ، ٢٩٠ مارس ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ٢٢٦ ص ٢٧٨ ، ٧ ، مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ٢٥٣ ص ٣٠٣ ، ١٠ أبريل ١٩٣٣ (حكيم) مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٣ رقم ١٠٤ و ١٠٤ ص ١٥٤ و ص ١٥٥ ، ٨ نوفمبر ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٤ رقم ١٠٦ ص ٩٠ ، ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٧٠٢ رقم ٣٠٧ ، ٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧ .

(٢٤) تارن في هذا المعنى ايضا نقض جنائي ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٤٢٠ — ٢١٩ .

ونستطيع بعد هذه الملاحظة أن نركز نظرية محكمة النقض، في
النقط الآتية :

أ - ان السيد يسأل عن فعل تابعه ، سواء أكان ذلك الفعل خطأ في
faute dans l'exercice même de la fonction تأدية الوظيفة بالذات
أم كان اساءة لاستعمال شئون الوظيفة أو تجاوزا لحدود الوظيفة
abus de la fonction.

ب - ان مجرد وقوع الخطأ من التابع في وقت تأدية وظيفته يجعل
السيد مسؤولا على الاطلاق ، أى في جميع الأحوال وبغض النظر عن
البواعث التي دفعت التابع الى ارتكاب خطئه .

ج - ان ما يقع من التابع في غير وقت تأدية وظيفته يعتبر اساءة
لاستعمال شئون الوظيفة اذا كانت الوظيفة قد ساعدت التابع على
ارتكابه ، وتترتب عليه مسؤولية السيد ، مسؤولية يصح في تقريرها
النظر الى البواعث التي دفعت التابع الى ارتكاب الخطأ .

وقد رأينا أن نعرض لهذه المبادئ على ضوء ما قرره الشراح
والأحكام السابقة لكي نتبين مدى ما ذهب اليه محكمة النقض في هذين
الحكمين .

مناقشة المبادئ

مسؤولية السيد عن الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، وعن الخطأ
في تجاوز حدود الوظيفة : قررت محكمة النقض أن مسؤولية السيد
لا تقتصر على خطأ التابع في تأدية وظيفته فحسب ، بل تشمل أيضا
اساءة التابع استعمال شئون الوظيفة . وقضاؤها بذلك يتفق مع
أحكامها السابقة (٢٥) ، ويطلق ما جرى عليه القضاء الفرنسي (٢٦) ، وما

(٢٥) نقض جنائي ٢٢ مارس ١٩٢٧ مجموعة القواعد القانونية الجنائية
٤ - ٥٦ - ٦٢ والأحكام المشار اليها فيما يلي بمناسبة الصور المختلفة =

أقره فريق كبير من الشراح (٢٧) .

ونحن نرى مع الفريق الآخر من الشراح أن مسؤولية السيد
مسئولية استثنائية ، وأن النص الذي قررها لا يجوز التوسع في تفسيره ،
وأنه لا شك في أن الفعل الذي يجاوز به التابع حدود وظيفته لا يمكن
اعتباره واقعا منه حال تأدية وظيفته ولا تنطبق عليه المادة ١٥٢ ، فضلا
عن أن اعتبار السيد مسئولا في هذه الحالة لا يستقيم مع القول بأن
أساس هذه المسؤولية خطأ مفروض في جانب السيد ، إذ لا يمكن أن يكون
السيد مطالبا برقابة تابعه خارج حدود الوظيفة (٢٨) .

وإذا قيل أن عبارة القانون المصرى في المادة ١٥٢ أعم من مثيلتها
في المادة ١٣٨٤ فرنسى وأنها تتسع لأكثر مما تتسع له هذه العبارة
الأخيرة (أنظر مصطفى مرعى في كتابه القيم في المسؤولية المدنية سنة
١٩٣٦ ص ٢١٣ نبذة ٢٢٣) ، فإن محكمة النقض المصرية قد رفضت

= للتجاوز في حدود الوظيفة ، وانظر أيضا استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر
١٩٢٢ ب ٣٦ ص ١٠٤ الفازيت ١٥ — ٨٧ — ١٣٠ . وانظر عكس ذلك نقض
جنائى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحللة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ .
(٢٦) انظر نقض فرنسى جنائى ٢٤ يونيو ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢
نبذة ٢٢٣ الى ٢٢٦ ، وتعليقات فوزيه هرمان على القانون المدنى طبعة سنة
١٩٢٨ ، الملة ١٢٨٤ نبذة ٥٣٤ .
(٢٧) ببدان ج ٤ نبذة ١٢١٤ ، بودرى لاكتنيزى ج ٤ نبذة ٢٩١٤ ،
جوسران ج ٢ نبذة ٥١٢ ، وكتاب النقل نبذة ٩٢٤ ، ديوج ج ٥ نبذة ٩١٩ —
٩٢٢ .

(٢٨) ديولوب ج ٣١ نبذة ٦١٣ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٣٨٢ ، هيك ج ٨
نبذة ٤٤٩ ، أوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠١ نبذة ٤٤٧ ، رو Roux
في مجلة سبرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧ ، اسبان في المجلة الانتقادية ١٩٢٤ ص
٢٠١ ، بلتيول وريبير واسبان ج ٦ نبذة ٦٥٠ ، سوردا ج ٢ ص ١٢٥ نبذة
٩٠٠ ، مازو ج ١ نبذة ٩١١ و ٩١٢ ، بيرسون ودى فلييه ج ١ ص ٢٦١
و ص ٢٧٥ ، دى باج ج ٢ نبذة ٩٨٩ ، بهجت بدوى في رسالته ص ١٦٩ ،
وانظر في هذا المعنى نقض جنائى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحللة ١٢ — ١٠٥ —
٥٩ مجموعة القواعد الجنائية ج ٢ ص ٢٧٨ رقم ٢٢٦ ، وراجع كتابنا في
نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٤٠٥ وبالفلة الفرنسية ص ٤٢٧ .

الأخذ بذلك اذ قررت أخيراً بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ (٢٩) أن العبارة
مؤداهما واحد ، لا فرق بينهما الا من حيث اختيار الشارع المصرى
تعبيراً أكثر دقة فى الدلالة على المعنى المقصود .

غير أننا ازاء اطراد الأحكام عندنا وفى فرنسا على اعتبار السيد
مسئولاً حتى عن تجاوز تابعه حدود الوظيفة ، لا يسعنا الا أن نسلم
بذلك ، لا على أنه يدخل بطبيعته فيما نص عليه القانون ، بل على اعتباره
امتداداً لمسئولية السيد اقتضاه تطور الحياة العملية ، وأملى على المحاكم
ضرورة الأخذ به تحقيقاً للمعدالة . وليس هذا التوسع القضائى فى
المسئولية المدنية الأول ولا الأخير من نوعه .

وإذا كان الشراح قد اختلفوا فى تعيين الأساس الذى ترتكز عليه
مسئولية السيد عن خطأ تابعه الذى يقع منه فى تأدية وظيفته بالذات ،
فقال بعضهم ان أساس مسئولية السيد خطأ مفروض فى جانبه (٣٠) ،
وقال آخرون بل هو فكرة تحمل التبعة أو نظرية الغرم بالغرم (٣١) ، وإذا
كننا نؤيد الرأى الأول فى هذه الصورة من خطأ التابع (٣٢) فإننا
لا نستطيع ذلك فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته ، بل نرى أن
مسئولية السيد فى هذه الحالة مسئولية مكتملة لمسئولته عن الخطأ فى تأدية
الوظيفة بالذات أو ملحقه بها ، وأنها ترتكز لا على أساس من الخطأ
المفروض فى جانب السيد ، بل على أساس من تحمل التبعة (انظر
روتسشرت ص ١٣٣ و ص ١٣٩) .

(٢٩) ملخص فى هابش المجموعة المدنية للاستاذ الكبير محمد كامل مرسى
طبعة سنة ١٩٤٢ ص ١٣٨ .
(٣٠) انظر ديولوب فى العقود ج ٨ نبذة ٦١٠ ، لوران ج ٢٠ نبذة
٥٧٠ ، بودرى فى الالتزامات ج ٤ نبذة ٢٩١١ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢١١ ،
روتسشرت ص ١٢٥ - ١٣٢ والمراجع الجديدة التى أشار اليها .
(٣١) انظر كولان وكليتان الطبعة السابعة ج ٢ نبذة ٢١٠ ، ديوج
ج ٥ نبذة ٨٨٢ ، جوسران ج ٢ نبذة ٥١٢ وتعليقه فى سبرى ١٩٢٤ - ١ -
٨ والمراجع المعبدة التى ذكرها روتسشرت ص ١١٩ .
(٣٢) انظر كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٠
وباللغة الفرنسية ص ١٢١ .

أهمية التفرقة بين الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ في تجاوز حدود الوظيفة : على أن الظاهر من أحكام محكمة النقض الفرنسية أنها لا تميز بين هذين النوعين من الخطأ ، وأنه يستوى عندها تكييف عمل التابع بأنه خطأ في تأدية الوظيفة أو تجاوز في حدود الوظيفة ، لأنها ترتب عليه في الحالتين نتيجة واحدة هي مسؤولية السيد بدرجة واحدة . وقد أدى بها ذلك الى عدم التدقيق في تكييف عمل التابع من هذه الناحية ، واقتصر مهما على البحث فيما اذا كان هذا العمل يدخل في ضمن الأعمال التي تستتبع مسؤولية السيد أو لا يدخل فيها .

أما حكما النقض المصري موضوع هذا التعليق ، فيبدو أنهما يميزان بين نوعين من أخطاء التابع التي تترتب عليها مسؤولية السيد : أحدهما وهو ما يقع منه في الوقت المخصص لتأدية وظيفته (والظاهر أن محكمة النقض تعتبره خطأ في تأدية الوظيفة بالذات أو على الأقل ملحقا بهذا النوع من الخطأ) وترتب عليه مسؤولية السيد على الاطلاق ، أى بغض النظر عما اذا كان الفعل قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدم ، وعما اذا كانت البواعث التي دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها . والثاني وهو ما يقع من التابع في غير الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بالذات ، ويعتبر اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، ولم ترتب عليه محكمة النقض تلك المسؤولية المطلقة التي رتبته على النوع الأول من الخطأ .

فاذا كان الأمر كذلك ، ظهرت أهمية التدقيق في تكييف عمل التابع بأنه خطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، فترتب عليه مسؤولية مطلقة ، أو انه اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، فتكون المسؤولية عنه غير مطلقة ، كما تظهر أيضا أهمية تعيين الحد الأقصى الذي تنتهي عنده مسؤولية السيد .

الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات : يرى الدكتور بهجت بدوى أنه يشترط فيما يعتبر خطأ في تأدية الوظيفة أن يكون فعلا داخلا بطبيعته في ضمن أعمال الوظيفة - أن يقوم به التابع بصفته تابعا (بهجت بدوى في

رسالته عن مسؤولية السيد من ١٦٦ ، والأستاذ Roux في تعليق
بمجلة سيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧) ، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة
الجنایات في حكمها الذي نقضته محكمة النقض بتاريخ ٢٢ أبريل سنة
١٩٤٠ (الحاماة ٢١ ص ٢٢) •

ويلاحظ على هذا الرأي أن عبارته عامة وأن الضابط الذي يعمل
عليه يحتاج هو نفسه الى التحديد •

ويعتبر الأستاذان هنرى وليون مازو — ومن رأيهما قصر مسؤولية
السيد على حالات الخطأ في تأدية الوظيفة — هذا النوع من الخطأ متوافرا
كلما أساء التابع تنفيذ التعليمات الصادرة اليه ، فيضييقان بذلك دائرة
الخطأ في الوظيفة غاية التضييق (مازو ج ١ نبذة ٩٠٦) •

أما الأستاذان بيرسون ودى غيليه — وهما أيضا يريان قصر
مسؤولية السيد على حالات الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات — فانهما
يضيفان الى رأى الأستاذين مازو شرطا آخر ، هو أن يكون الخطأ وقع
من التابع حال قيامه بعمل لحساب سيده ، وفي مصلحة سيده ، وبناء
على تعليماته ، سواء أكان هذا الخطأ ناشئا عن القيام بذات الأعمال التي
تفرضها الوظيفة على التابع ، أو عن سوء تنقيض هذه الأعمال أو عن
تقصير فيما يجب مراعاته عند القيام بهذه الأعمال من مهارة ودقة وحيلة
ويقتطع (بيرسون ودى غيليه في المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٥ ج ١ ص
٢٧٦) •

والذى نستخلصه من هذه الآراء في جملتها ، أنه يعتبر داخلا في
ضمن أعمال الوظيفة كل خطأ ايجابى أو سلبى فيما تفرضه الوظيفة من
واجبات على التابع (قارن هالتون ج ١ ص ٣٦٢) ، ومثل ذلك أن يخالف
السائق اللوائح بتجاوزه السرعة المقررة ، أو بالسير على اليسار بدلا من
السير على اليمين ، أو أن يترك السيارة في عهدة شخص أجنبى (نقض
فرنسى ٦ مايو ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ٢ — ١٣٠) ، أو أن يخطئ

المريض بأن يعطى المريض سما بدل الدواء (استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩١٩ المجموعة ٢٢ — ٦٧ — ٣٦ ، ٢٩ مارس ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٦) ، أو أن يقصر عامل الجراج في حراسة سيارة مودعة لديه فتسرق ، أو أن يقصر ساعى البريد في تسليم خطاب الى المرسل اليه فيفقده أو يفتلسه (مصر الابتدائية استئناف ٢٨ أكتوبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١٧) ، أو أن يهتك سائق سيارة مدرسية عرض تلميذة عهد اليه في ايصالها الى منزلها ، أو أن يعهد الى خفيرين في حراسة صراف في ذهابه الى المركز ، فينقضا عليه ويقتلاه في الطريق (استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ — ١١٥ — ١١٦) .

الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة : وياستقراء أحكام القضاء ولا سيما القضاء الفرنسى وجدنا أنه لجأ في التوسع في مسؤولية السيد الى صيغ مختلفة :

غفى بعض الأحكام يقرر أنه لا يشترط أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ في تأدية وظيفته بالذات ، بل يكفي أن يكون الخطأ قد وقع منه بمناسبة أعمال وظيفته (٣٣) ، وهو يقصد بذلك تارة الخطأ الذى يرتكبه التابع بسبب الوظيفة ، وتارة أخرى ما يقع منه في الوقت والمكان المعين لتأدية الوظيفة ، وأحيانا ما تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكابه .

وفي أحكام أخرى يقرر مسؤولية السيد عما يرتكبه التابع بمناسبة تأدية وظيفته ولو كان في ذلك متجاوزا حدود وظيفته (٣٤) .
a l'occasion des fonctions meme s'il y a abus de fonctions

(٣٣) انظر بالنسبة للقضاء المصرى نقض جنائى ١٠ ابريل ١٩٢٢ حكيم في الحاماة ١٤ ص ٤ و ٥ رقى ٣ و ٤ ، مجموعة القواعد الجنائية ج ٣ ص ١٥٤ — ١٥٥ رقى ١٠٣ و ١٠٤ ، ٨ ديسمبر ١٩٤١ الحاماة ٢٢ — ٦٠٢ ، ١٩٧ ، الاسكندرية الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٩ الحاماة ١٠ — ٥٩٤ — ٢٩٧ استئناف مخطط ١ نوفمبر ١٩٢٢ (٤٥ — ٣٠) ، ١٤/٣/١٩٣٥ (٤٧ — ١١٧) .

(٣٤) نقض فرنسى ٣٠ يناير ١٩٣٥ سبرى ١٩٣٥ — ١ — ١٤٤ ، ١٨ =

وقد توحى هذه الصيغة الأخيرة الى الذهن بادية الأمر أن الخطأ بمناسبة الوظيفة أدنى الى الخطأ في تأدية الوظيفة من الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة ، أو أن هذا النوع الأخير من الخطأ يغلب فيه أن لا يستتبع مسؤولية السيد . ولكن مما يقطع بعدم صحة هذا الإيحاء صيغة أخرى هي الأكثر ورودا في أحكام النقض الفرنسى تقرر أن السيد يسأل ليس فقط عن العمل الضار الذى يرتكبه التابع في تأدية أعمال وظيفته على الوجه الصحيح

dans l'exercice normal et régulier de ses fonctions

بل أيضا عما يقع منه بسبب تجاوزه حدود وظيفته (٣٥) .
mais encore de celui qui résulte de l'abus de ses fonctions

والذى نستنتجه من هذه الصيغ المختلفة أن المحاكم الفرنسية على الأخص مستوى عندها أن يعتبر فعل التابع خطأ واقعا منه بمناسبة وظيفته أو تجاوزا لحدود وظيفته لأنها في كلتا الحالتين ترتب عليه مسؤولية السيد بدرجة واحدة ، بل اننا اذا رجعنا الى وقائع تلك الأحكام وجدنا المحاكم تصف الفعل الواحد تارة بأنه واقع بمناسبة الوظيفة ، وأخرى بأنه تجاوز في حدود الوظيفة . ولا يبعد أن تصفه بأنه خطأ في تأدية الوظيفة بالذات مادامت هي لا تفرق في الحكم بين هذا النوع من الخطأ وغيره ، ولا تقصد بذلك الا نتيجة واحدة هي الوصول الى تقرير مسؤولية السيد عن ذلك الفعل .

وقد حدا ذلك بعض الشراح أن يغلبوا الصيغة الأخيرة من الصيغ التى استعملتها المحاكم ، وأن يقولوا ان الخطأ في تجاوز حدود الوظيفة يشمل كل الصور التى يكون السيد مسؤولا فيها عن فعل تابعه ماعدا حالة الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات .

= ديسمبر ١٩٣٣ مسرى ١٩٣٤ — ١ — ١٠٧ ، ٣ أبريل ١٩٣٣ مسرى ١٩٣٣ — ١ — ١٩٠ ، نقض مسرى ٢٢ مارس ١٩٣٧ مجموعة القواعد الجنائية ج ٤ — ٥٦ — ٦٢ .
(٣٥) انظر تعليقات موزيه هرمان على القانون المدنى الفرنسى المادة ١٣٨٤ طبعة سنة ١٩٣٩ نبذة ٥٣٤ ، استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر ١٩٢٢ ب ٣٦ — ١٠٤ الفاريت ١٥ — ٨٧ — ١٣٠ .

وقد ترتب على هذا النظر أن عبارة التجاوز في حدود الوظيفة أصبح لها معنيان : معنى خاص ضيق هو الذى قصدته المحاكم أولا . ومعنى آخر عام يتسع ليشمل الأول ويشمل معه جميع صور الخطأ الذى يقع بمناسبة الوظيفة ، فيدخل فى ذلك ما يرتكبه التابع بسبب الوظيفة أو فى الوقت المخصص لها أو ما تكون وظيفة التابع قد هيات له ارتكابه .

وقد عرضت محكمتنا العليا للصورتين الأخيرتين فى حكمها محل هذا التعليق ، فوصفت الخطأ الذى تكون وظيفة التابع قد ساعدته على ارتكابه بأنه اساءة استعمال شئون الوظيفة تستوجب مسؤولية السيد ، ولم تكيف الخطأ الذى يقع من التابع فى الوقت المخصص للوظيفة ، ولكنها رتبت عليه مسؤولية أكثر اطلاقا ، مما يحمل على الاعتقاد بأنها اعتبرت هذا النوع من الخطأ أدنى الى الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات منه الى الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة . ويهمنى أن نبحت هذا التكيف القانونى لنرى مقدار مطابقته للمبادئ المسلمة ، ولأحكام المحاكم السابقة ، ثم نعرض للصورة التى لم تعرض لها محكمة النقض فى هذين الحكمين ، وهى صورة الخطأ الذى يرتكبه التابع بسبب تأدية وظيفته ، ونحاول أن نعين فى النهاية ما يصح اعتباره تجاوزا فى حدود الوظيفة .

يعتبر ما يقع من التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفته خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، أم على الأقل يعتبر تجاوزا فى حدود الوظيفة ؟

قد يستفاد من عبارات حكمى النقض أنها تعتبر ما يقع من التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفته خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، وذلك لأنها قابلت بينه وبين الخطأ الذى تكون وظيفة التابع قد ساعدته على ارتكابه ، فاعتبرت هذا الخطأ الأخير دون الأول اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، ولأنها فوق ذلك رتبت على النوع الأول من الخطأ مسؤولية السيد على الاطلاق . ولا شك فى أن اطلاق المسؤولية على هذا الشكل هو أقصى ما يمكن تصور ترتبيه على الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

وينبني على ذلك أنى إذا أرسلت تابعى فى مهمة لى ، فصادف فى طريقه الى تلك المهمة غريما شخصيا له ، فقتله ، أكون مسئولا عن هذا القتل بنقض النظر عن الباعث عليه ، لوقوعه من تابعى فى الوقت الذى كان يقوم فيه بوظيفته • غير أننا نستبعد كل الاستبعاد أن تكون محكمتنا العليا قد قصدت هذه النتيجة ، بل انه فى وسعنا بعد أن عرغنا الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات أن نقرر أن فعل التابع لا يدخل فى هذا النوع من الخطأ لمجرد وقوعه منه فى الوقت المعين لتأدية وظيفته (١٦) • ونستطيع أن نعزز هذا الرأى بما أورده محكمة النقض فى بعض عبارات الحكمين المذكورين من « أن القانون لا يشترط لتحصيل المخدوم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع ••• بل يكتفى فى تقرير هذه المسئولية أن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة ••• » •

فهل يعتبر هذا الفعل على الأقل تجاوزا فى حدود الوظيفة ؟

قررت ذلك بعض المحاكم الفرنسية ، فقضت مثلا باعتبار السيد مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه أحد عماله اذ اشترك فى مشاجرة حدثت فى المصنع وفى الوقت المخصص للمعمل وفقا عين زميل له (دوييه ١٢ يناير ١٩٠٣ سبرى ١٩٠٤ — ٢ — ٢٩٨) • وكانت المحاكم متأثرة فى ذلك بما اطرد عليه القضاء فى تفسير نص ورد فى قانون حوادث العمل الصادر فى ٩ أبريل ١٨٩٨ بالزام رب العمل بتعويض العمال عن الاصابات التى تلحقهم بسبب الحمل وبمنازلة *par le fait et à l'occasion du travail* حيث اعتبر القضاء أن هذه العبارة الأخيرة تشمل كل حادث يقع للعامل فى الوقت والمكان المخصصين لتأدية عمله ، ولو كان ناشئا عن ظروف أجنبية عن العمل غير الظروف التى تعتبر من فعل الطبيعة ، فقاست

(١٦) انظر فى هذا المعنى نقض فرنسى مدنى ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز

المحاكم ما يعتبر واقعا بمناسبة وظيفة التابع
à l'occasion de la fonction du préposé على حوادث العمل التي تعتبر واقعة بمناسبة
العمل à l'occasion du travail (١٦ مكرر) •

غير أن هذا القياس بالرغم من التشابه الظاهر بين العبارتين قياس
مع الفارق ، لأن مسؤولية رب العمل التي نص عليها قانون سنة ١٨٩٨
قوامها تحمل التبعة ، في حين أن مسؤولية السيد عن فعل تابعه تبنيها
المحاكم على افتراض وقوع خطأ من السيد في اختيار تابعه وتوجيهه
ورقابته • وإذا جاز أن يسأل رب العمل عما يصيب عماله من حوادث
وقعت في الزمن والمكان المخصصين للعمل ولو لم تكن لها صلة بالعمل
بناء على نظرية تحمل التبعة أو الغرم بالفنم ، فإنه لا يجوز أن يسأل
السيد عن خطأ تابعه بمجرد وقوعه في الوقت المخصص لتأدية وظيفته إذا
لم تكن هناك أية صلة بين ذلك الخطأ والوظيفة ، مادامت مسؤولية السيد
أساسها افتراض الخطأ في توجيه التابع ورقابته ، ومادام هو غير ملزم
بتوجيه التابع ورقابته إلا بالنسبة للأعمال التي تتعلق بوظيفته •

وقد حمل ذلك محكمة النقض الفرنسية على أن تقرر في بعض
أحكامها أن مجرد وقوع فعل التابع في الوقت والمكان المعينين لتأدية
وظيفته لا يكفي وحده لتكييف هذا الفعل بأنه مرتكب بمناسبة
الوظيفة (١٧) • وبناء على ذلك حكم بأن المخدم غير مسئول عن الغش
الذي ارتكبه خادمه في الوقت المخصص لتأدية وظيفته بأن خلص على
خطاب جديد خاص به بطابع للبريد سبق استعماله (١٨) ، ولا عن الفعل
الشائن الذي أثناء العامل في شخص زميل حديث السن في الوقت

(١٦) مكرر أنظر رسالتات ص ٢٣٩ •
(١٧) نقض فرنسي مدني ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز الاسبوعي ١٩٢٧
ص ٤٠٠ ، جنائي ٢٧ أكتوبر ١٩٣٨ غازيت القضاء ٢٧ نوفمبر ١٩٣٨ ، وأنظر
سافاتييه نبذة ٣١٨ ، ومأزو نبذة ٩٠٨ •
(١٨) محكمة نان Vannes الابتدائية ٧ يناير ١٩٣١ سيري ١٩٣٢ —
٢ — ٩٦ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ٥١٧ •

والمكان المخصصين لأداء العمل (١٩) .

وانا القينا نظرة الى القضاء البلجيكي وجدنا فيه اتجاها عاما نحو التوسع في مسؤولية السيد وتساهلا في ذلك أكثر مما بدا من القضاء الفرنسى (٢٠) . ومع ذلك فقد قيدت محكمة النقض البلجيكية مسؤولية السيد عن الخطأ الذى يقع من التابع في الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بوجود أن يكون ذلك الخطأ غير أجنبى عن الوظيفة ، أى ذا صلة بها ، دون حاجة الى أن تكون تلك الصلة صلة العلة بالمعلول (٢١) .

وقد اشترط بعض الشراح أن تكون تلك الصلة مباشرة lien étroit بين الوظيفة والفعل الواقع في وقت تأديتها (أوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠٢ ، ديموج ج ٥ نبذة ٩٢٤ ، ريكول مذكرات في المسؤولية التقصيرية ص ٩٩) ، واشترط بعض آخر أن تكون صلة وثيقة lien étroit (دالان Dallant ص ١٦٧) . وهناك رأى يقول بهجوب أن تكون الصلة صلة العلة بالمعلول (روتسائرت ص ١٣٦) .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد فرقت صراحة بين الخطأ الذى يقع من التابع في تأدية وظيفته بالذات والخطأ الذى يرتكبه في الوقت الذى يقوم فيه بتأدية وظيفته :

La faute commise par les préposés dans l'exercice de leurs

(١٩) محكمة سفت ايتيين ٢١ يناير ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ٢ —

١٥٨ .

(٢٠) نقض بلجيكي ١٨٩٣/٦/١٢ بازيكريزى ١٨٩٣ — ١ — ٢٥٦
والاحكام المشار اليها في روتسائرت ص ١٣٣ و ص ١٣٤ .
(٢١) نقض بلجيكي ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازيكريزى بلج ١٩٢٨ — ١ —

١٣٣ .

Il suffit que le fait ait eu lieu au cours de l'exécution du travail confié au préposé, et n'y soit pas étranger, n'étant pas nécessaire qu'il y ait un rapport de cause à effet entre les fonctions et l'acte dommageable.

fonctions et celle commise par eux pendant l'exercice de ces mêmes fonctions.

وقررت أن خطأ التابع لا يعتبر واقعا في تأدية وظيفته لجرد وقوعه منه في الزمان والمكان المعينين لتأدية وظيفته (استئناف مختلط ٢١ يناير ١٩٣١ ب ٤٣ ص ١٦٦) .

فاذا كان القضاء الفرنسى والقضاء البلجيكي والقضاء المختلط — بالرغم من تأثرهم الى حد كبير بالمذهب المادى فى المسؤولية — لم يكتفوا بمجرد وقوع خطأ التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفته لترتيب مسؤولية السيد ، بل اشترطوا أن يكون ذلك الخطأ مرتبطا بالوظيفة برابطة سببية ، فانه يصعب أن نسلم بأن محكمة النقض المصرية تكفى بذلك الظرف وحده لجعل السيد مسئولا عن فعل تابعه ، فى الوقت ذاته الذى تقرر فيه أن هذه المسؤولية أساسها ما افترضه القانون فى حق السيد من وجوب مراقبة تابعيه وملاحظتهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة . ونعتقد أن لا بد لها أن تعيد النظر فى هذا المبدأ ، بل يخيّل إلينا أنها قد بدأت تتشكك فى صحته وتضع عليه علامة استفهام تمهيدا لضبطه وتقييده .

فقد جاء فى حكم حديث لها بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ « انه من المتعين عدم الأخذ بهذه المسؤولية الاستثنائية الا فى الحدود التى رسمها القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعا من التابع فى أثناء قيامه بالوظيفة . وهذه المسؤولية وان كانت من ناحية أخرى محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة اذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصاله بها الا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسؤولية يجب أن يكون قد اقترعه التابع فى وقت لم يكن قد تخلّى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة بينهما ولو مؤقتا ، وأصبح التابع بذلك حرا يفعل مايريد ويتصرف كما يشاء تحت مسؤوليته وحده ، ذلك لأن مسؤولية المتبوع انما تقوم على ما للسيد من حق اصدار أوامره وتعليماته الى تابعيه والتمكّن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به اليه . فاذا انفلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير

مسئول عن تصرفاته بحال ما » (ملخص في هامش المجموعة المندوب
للأستاذ الكبير محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٤٢ ص ١٣٩ ، ومنشور
في المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) (٢٢) .

ويخيل إلينا ، ازاء هذا التشكك من محكمة النقض ذاتها ، أنه يجب
علينا ألا نأخذ بما قرره في حكمها محل هذا التعليق على إطلاقه ، بل
ينبغي أن نحمله على أنها ترى في مجرد وقوع الفعل الضار في الوقت
المخصص لتأدية الوظيفة قرينة قضائية على أن هذا الفعل داخل في
ضمن أعمال الوظيفة وأن هذه القرينة يجوز للسيد دحضها بالدليل
العكسي (قارن في هذا المعنى روتسارث ص ١٣٩ هامش رقم ٢ .
وسافاتييه نبذة ٣٢١) . وقد عادت محكمة النقض فقررت مسؤولية
المتبوع عن فعل التابع الذي يقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو الذي تكون
الوظيفة هي التي ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عنها ولا اتصال له
بها ، وهذا بغض النظر عن قصد منه أو الباعث الذي دفعه إليه (نقض
جنائي ٢١ مايو ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائي ١٩٢ — ١١٤) .

**هل يكفي أن تكون وظيفة التابع قد هيأت له وسيلة ارتكاب ما وقع
منه من فعل ضار حتى يسأل عنه سيده ؟** نيس في أحكام المحاكم
الفرنسية ولا في كتب الفقه ما يسمح بالإجابة عن هذا السؤال إجابة
قاطعة ، لأنها بالرغم من وفرتها في موضوع مسؤولية السيد قل أن تكون
قد تعرضت لهذه الجزئية بالذات . فيقول جاردينا وريتيشي (في كتاب
المسؤولية المدنية نبذة ١١٧) ، أن المحاكم تكتفي في مسؤولية السيد بأن
تكون وظيفة التابع استعملت كوسيلة لارتكاب الفعل الضار ، أو أن يتصل
ذلك الفعل بالوظيفة بصلة من الزمان أو المكان أو الخدمة ، ويشيران في
ذلك إلى حكم واحد من محكمة النقض بتاريخ ٣ مارس ١٩٢٣ (دالوز

(٢٢) هذا الحكم جعل أساس مسؤولية المتبوع اتحاد شخصيته مع
شخصية التابع *la confusion* .

١٩٢٣ — ١ — ٥٠) وجدنا انه بنى المسؤولية على اعتبار آخر غير هذا الذى نبهته الآن (أنظر هذا الحكم فيما يلى فى ص ٤١٨) •

وكذلك بلانيول وريبير واسمان يقولون ان المحاكم تقضى بمسؤولية السيد اذا كان التابع قد استغل التسهيلات التى تهيؤها له وظيفته لارتكاب الفعل الضار فى مصلحة نفسه أو فى مصلحة أجنبى ، ولكنهم يرون عدم امكان الأخذ بذلك الا اذا أبيع للسيد دفع المسؤولية عنه بأن ثبت أنه لم يكن فى وسعه منع وقوع الفعل الضار (ج ٦ نبذة ٦٥٠) •

وقضت محكمة النقض البلجيكية بمسؤولية السيد فى حادث سيارة كان سائقها قد استولى عليها خلسة من سيده بعد أن قلّد مفاتيح الجراج ، وعلت ذلك بأنه ما كان فى استطاعة التابع أن يرتكب الحادث الا بفضل التسهيلات التى خولتها له وظيفته (نقض بلجيكي ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزى بلج ١٩٣٤ — ١ — ١١٤) • ولكن الشراح فى بلجيكا يوجهون أشد النقد الى أسباب هذا الحكم (بيرسون ودى فيليه ج ٢٦٩ ص ٢٦٩) •

ويرى ديموج أن كون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار لا يكفى لاعتبار السيد مسئولاً اذا لم تكن الوظيفة هى السبب فى ارتكاب الفعل الضار (ديموج ج ٥ نبذة ٩٢٢) •

واذا كان بعض الشراح يؤيد فى الظاهر الاعتماد فى تقرير مسؤولية السيد على كون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار (روتسائرت ص ١٣٥ ، وسلفاتيه نبذة ٣١٨ وما بعدها) ، فإنهم فى الواقع يقصدون بذلك الحالات التى تكون الوظيفة فيها هى السبب فى ارتكاب الفعل الضار (أنظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٣٢ (٤٤ — ٢٢٨) ، بل انهم لا يكتفون بأية صلة بين هذا الفعل والوظيفة ، ولو كانت مباشرة أو وثيقة ، وانما يتطلبون فى ذلك أن تكون

الصلة صلة العلة بالمعلول (روتسائرت ص ١٣٦ — ١٣٧) ، أو أن تكون الوظيفة هي الوسيلة الضرورية le moyen nécessaire لارتكاب الفعل الضار (سلاغتييه نبذة ٣١٨ و ٣٢٢) .

أما بقية الشراح ، فالظاهر أنهم لم يعرضوا لهذا المعيار نظرا لندره الأحكام التي أخذت به (أنظر بودري وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٤ ، أوبري ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠١ نبذة ٤٤٧ ، هيك ج ٨ نبذة ٤٤٩ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٣٨٢) .

أما في مصر ، فيقول الأستاذ مصطفى مرعى في نبذة ٢٢٢ من كتابه في المسؤولية المدنية (وقد ظهر سنة ١٩٣٦) : « ان الرأي عند جمهرة العلماء الفرنسيين أن مسؤولية المخدم تتناول ما يقع من خادمه أثناء تأدية وظيفته dans l'exercice de ses fonctions كما تتناول ما يقع من الخادم بمناسبة تأدية وظيفته à l'occasion de cet exercice أو أثناء أساءه استغلالها alors même que ledommage résulte fonctions d'un abus des dites وليس يشترط في الحالتين الأخيرتين إلا أن تكون الوظيفة هي التي هيأت للخادم اتیان ما أتى من الخطأ الداعى للمؤاخذه » .

وهو يرجع هذا الرأي على غيره ، ويرى أن الأخذ به في القانون المصري أولى لأن عبارة المادة ١٥٢ أوسع من عبارة المادة ١٣٨٤ فرنسي . ثم يعود بعد ذلك الى أولى الحالات التي ذكرها فيقول في نبذة ٢٢٣ : « وعلى ذلك يسأل المخدم عما يقع من خادمه أثناء تأدية وظيفته متى كانت الوظيفة هي التي هيأت للخادم اتیان ما أتى من الخطأ ، أو كان الخطأ متصلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا » .

ويخلص من جملة هذه العبارات أن المؤلف يرى — استنادا الى ما نسبه الى الجمهرة من العلماء الفرنسيين (!) — ان كون الوظيفة هيأت

للخادم اتيان ما أتى من الخطأ شرط ضرورى لمسئولية السيد فى كل من الحالات الثلاث التى ذكرها ، وانه يمكن أن يستبدل به فى الحالة الأولى (أى حالة ما يقع من التابع أثناء تأدية وظيفته) شرط آخر هو كون الخطأ متصلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا (أنظر نبذة ٢٢٣) ، فى حين أننا قد رأينا أن نفرا قليلا من الشراح الفرنسيين هم الذين يقولون بهذا المعيار ، وأنهم يأخذون به باعتباره احدى الصور التى يقع بها التجاوز فى حدود الوظيفة ، وأنهم فى الواقع يقصدون به أن تكون بين الوظيفة والخطأ صلة سببية مباشرة ، بحيث لو لم تكن وظيفة التابع ما استطاع هذا أن يرتكب الفعل الضار (راجع ما سبق فى ص ٤٠١) .

والظاهر أن محكمة النقض المصرية قد تأثرت الى حد كبير بهذا الرأى حيث قررت بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٣٧ أن السيد مسئول عن خطأ تابعه ، ولو كان الخطأ قد وقع منه أثناء تجاوزه حدود وظيفته اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت له اتيان الخطأ المستوجب للمسئولية (مجموعة القواعد الجنائية ج ٤ ص ٥٦ رقم ٦٢ ، القانون والاقتصاد ٧ - ٤ - ٦٥ المحاماة ١٧ - ٩٩٥ - ٥١٣) . والغالب أنها قصدت بذلك قصر هذا الشرط على حالات التجاوز فى حدود الوظيفة دون حالة الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات . وقد أكدت بعد ذلك هذا المعنى فى حكم آخر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ اذ قررت أن مقتضى المادة ١٥٢ أن يكون السيد مسئولا عن الضرر الناشئ عن فعل خادمه ، سواء أكان الخطأ قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أم كانت الوظيفة هى التى هيأت أو سهلت ارتكابه (المحاماة ٢١ - ٧٠٢ - ٣٠٧ المجموعة ٤٢ - ٣٤٧ - ١٥٠) .

ولكنها عادت لغممت هذا الشرط الأخير بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٤١ اذ قالت ان المخدم مسئول بمقتضى المادة ١٥٢ عن تعويض الضرر الناشئ للغير عن فعل خادمه ، سواء أكان الفعل قد وقع أثناء تأدية الخدمة الموكولة اليه أم لمناسبة القيام بهذه الأعمال فقط ، اذ يكفى فى ذلك أن تكون وظيفة الخادم هى التى هيأت الخطأ الذى وقع منه ولولاه لما نجم الضرر (المحاماة ٢٢ - ٦٠٣ - ١٩٧ ، وأنظر أيضا ٦ نوفمبر

١٩٣٩ القانون والاقتصاد ١٠ - ٤ - ٣٣ - ١٣ المجموعة ٤١ - ٢٥٩ -
٩٩ المحاماة ٢٠ ص ٥٨٣ .

أما في حكمها محل هذا التعليق ، فإنها قد فرقت بين فعل التسابع
الذى يقع منه وقت تأدية وظيفته ، وفعله الذى يقع فى غير ذلك الوقت ،
ولم تسترط أن تكون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب فعله الا فى
الحالة الثانية دون الأولى .

ونحن اذا سلمنا جدلا بهذا الشرط باعتباره معيارا كافيا لتقرير
مسئولية السيد ، فإننا نفضل فى شأنه التفرقة التى قالت بها محكمة
النقض فى حكمى ٢٢ مارس ١٩٣٧ و ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ بين الخطأ فى
تأدية الوظيفة والخطأ فى تجاوز حدود الوظيفة ، ويمكننا أن نصرف
الحكمين محل هذا التعليق الى هذا المعنى أيضا اذا نظرنا الى وقوع
الفعل الضار وقت تأدية الوظيفة باعتباره قرينة على أن الفعل داخل فى
ضمن أعمال الوظيفة . أما التعميم الذى ذهب اليه المحكمة فى حكمى ٦
نوفمبر ١٩٣٩ و ٨ ديسمبر ١٩٤١ فتعميم فى غير مقتضى ، أقل ما يعاب
عليه أنه يوهم ان شرط كون الوظيفة هى التى سهلت للتابع ارتكاب الفعل
الضار هو المعيار الأساسى الذى ترتكز عليه مسؤولية السيد فى جميع
الأحوال ، مع أننا قد رأينا من آراء الشراح والمحاكم الفرنسية أن كفاية
هذا الشرط محل خلاف كبير ، وان الذين يعولون عليه يقصرونه على غير
حالات الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، ويتشددون فيه الى حد يجعله
محصورا فى رابطة السببية بين الوظيفة والفعل الضار وسنرى فيما بعد
الى أى حد يمكن التعويل على رابطة السببية هذه (راجع من ٤١٢ وما
بعدها) .

على أننا اذا رجعنا الى وقائع الأحكام التى قررت فيها محكمة
النقض الاكتفاء بهذا الشرط ، وجدنا أن المحكمة كانت فى غنى عن ذلك
لأن مسؤولية السيد كانت ثابتة لديها سواء لوقوع خطأ شخصى منه
(حكم ٢٢ مارس ١٩٣٧) ، أو لكون فعل التابع خطأ فى تأدية الوظيفة

بالذات (حكم ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ وحكم ٨ ديسمبر ١٩٤١ والحكمين محل هذا التعليق) أو تزيدا في تأدية الوظيفة لمصلحة السيد (حكم ٦ نوفمبر ١٩٣٩) .

غنى حكم ٢٢ مارس ١٩٣٧ يخلص من الوقائع أن سيدا اعتساف ايداع سيارته في جراج عمومي ، فاستصحب خادمه ذات مرة الى الجراج وكلفه احضار أحد عمال غورد لاصلاح السيارة ، وفيها مفتاحها ، وأعطاه بطاقتين باسمه ليشتري بهما بنزينا ، فوجد الخادم محل غورد مغلقا ، فاستحضر عاملا آخر فحص السيارة وقال ان ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليعطيه السيارة ، غارتكب حادثا بخطئه ، فحكم بمسئولية السيد عنه : (أولا) مسئولية شخصية لأنه بعدم احتياظه مكن المتهم من تسلم المربة من الجراج والسير بها بالرغم من عدم امكان الاعتماد عليه في ذلك ، و (ثانيا) مسئولية مفترضة عن فعل تابعه . (وقد كان في النوع الأول من المسئولية غنى للمحكمة عن بحث النوع الثاني منها) .

وفي حكم ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ كان سائق سيارة خصوصية ينتظر بالسيارة زوجة مخدومه ، ومعه خفير زراعة مخدومه ، فذهب لقضاء حاجة ، وترك بالسيارة مفتاح الكونتاتك ، فعبث به خفير الزراعة ، وأحدث الحادثة . واعتبرت المحكمة هذا الحادث نتيجة مباشرة للخطأ في ترك مفتاح الكونتاتك في السيارة (وهو خطأ من السائق في تأدية الوظيفة بالذات) ، واستطردت من ذلك الى القول بأن السيد مسئول عن فعل خادمه ، سواء أكان واقعا منه أثناء وظيفته : أم كانت الوظيفة هي التي هيأت له اتيانه وسهلت له ارتكابه ، ولو كان ذلك بعيدا عن مقر عمله (والغالب أنها تقصد بذلك خطأ خفير الزراعة) ، وقد كان لها في الوقوف عند خطأ السائق في تأدية وظيفته غنى عن هذا الاستطراد .

وفي حكم ٨ ديسمبر ١٩٤١ كان ضابط في الجيش عائدا الى مقر عمله في المكس ، فقابل سيارة من سيارات الجيش المدة لركوب ضباط

اللواء الذى ينتمى اليه ذلك الضابط يقودها جندى فى اتجاه المكس ، فأوقفها وركب مع سائقها . فأسرع السائق فى القيادة بينما كانت الأرض مبللة بالمطر ، فانقلبت السيارة وأصيب الضابط بعدة عاهات مستديمة ، وقد ثبتت للمحكمة « أن اصابات المجنى عليه انما نتجت عن اهمال السائق فى قيادة السيارة التى عهدت اليه وزارة الدفاع بقيادتها ، مما هو صريح فى الدلالة على أن الضرر انما نجم عن فعله لمناسبة قيامه بأعمال الخدمة ان لم يكن فى أثناء أدائه اياها ، الأمر الذى يكفى لالزامها بالتعويض . . . » ، لأن المخدم يسأل عن تعويض الضرر الناشئ للغير عن فعل خادمه ، سواء أكان الفعل قد وقع فى أثناء تأدية أعمال الخدمة الموكولة اليه ، أم لمناسبة القيام بهذه الأعمال لحقط ، اذ يكفى فى ذلك أن تكون وظيفة الخادم هى التى هيات ارتكاب الخطأ الذى وقع منه ولولاها لما نجم الضرر » . وظاهر مما أثبتته المحكمة أن ما وقع من السائق خطأ فى تأدية وظيفته بالذات ، فلم تكن بالمحكمة حاجة الى وصف هذا الخطأ بأنه يعتبر على الأثقل واقعا بمناسبة القيام بالوظيفة ، ولا الى الاستيراد من ذلك الى اشتراط أن تكون وظيفة التابع هى التى هيات له ارتكاب الخطأ الذى وقع منه .

وفى حكم ٦ نوفمبر ١٩٣٩ كان خادم قد عين حارسا قضائيا على زراعة مخدومه المحجوز عليها من البنك الأهلى . وقد نعى الى البنك أنه بدد الزراعة ، فأوفد أحد موظفيه للتحقق من ذلك ، فاعتدى الخادم عليه ، واعتبر السيد مسئولا عن ذلك بناء على أن المنهم فى تعديه على المدعى بالحق المدنى كان مدفوعا بدافع الغيرة على مصلحة المدعى عليه فى الدعوى المدنية ولو لم تكن هذه المصلحة هى غابته يوم الحادثة لما وقعت الجريمة ، واستطردت من ذلك الى القول بعدم ضرورة التهريض من السيد ، والى الاكتفاء بأن تكون وظيفة التابع قد هيات له ارتكاب جريمته . ونعتقد أنه كان للمحكمة فى ترديد التابع لمصلحة سيده غنى عن هذا الاستيراد (انظر ما يلى فى ص ٤١٥) .

وبناء على ذلك نرى أن ما قررتة محكمة المنقض فى هذه الأحكام

الأربعة خلاصا بكون وظيفة التابع هي التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار
يعتبر تريدا واستطرادا لا مبدأ مقررًا ، وأنه يجب أن يكون محل نظر
جديد اذ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، لأنه كثيرا ما يقع أن تكون
الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا تترتب
على عمله مسؤولية السيد اذا كان في وسع التابع أن يحصل على الوسيلة
التي سهلت له ارتكاب ذلك الفعل من غير طريق الوظيفة . كما اذا ارتكب
أحد العمال مخالفة صنع آلات مفرقة باستعماله في ذلك مواد أولية من
المصنع الذي يشغل فيه (نقض فرنسي جنائي ١٥ ديسمبر ١٨٩٤ سيري
١٨٩٥ - ١ - ١٥١) ، أو اذا اشترك عامل في سباق دراجات فوقع منه
حادث ضار وكانت وظيفته قد سهلت له الحصول على الدراجة التي
اشترك بها في السباق (باريس ١٦ يناير ١٩٠٢ ملخص في ديوج ج ٥
نبذة ٩٢٢ هامش ٢) ، أو اذا أعار السيد تابعه حصانا ليستعمله في شأن
خاص به ، فالحق التابع بالحصان ضررا بالغير (نقض فرنسي عرائض
٢٩ أكتوبر ١٩١٧ سيري ١٩١٨ - ١٩١٩ - ١ - ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السيد لا يسأل عما
يرتكبه تابعه من أفعال ضارة خارج حدود وظيفته ولو كانت الوظيفة هي
التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار (١٦ مارس ١٩٣٢ ب ٤٤ - ٢٢٨) .

والرأى عندي أن كون وظيفة التابع هي التي هيأت له ارتكاب
الفعل الضار لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التي يعتمد عليها
القاضي في الاستدلال على حصول التجاوز في حدود الوظيفة ، وأنه
يجب فيه أن تكون التسهيلات التي هيأتها الوظيفة للتابع بحيث تجعل
الخطأ مرتبطا بالوظيفة ارتباطا مباشرا ، أي بحيث لو لم تكن الوظيفة
ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار ، كما قالت محكمة النقض في
حكمها محل هذا التعليق (أنظر ما سيجيء في ص ٤٢٤ وما بعدها) .

هل يكفي لمسؤولية السيد أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ الضار
بسبب وظيفته ؟ : تعتبر المحاكم فعل التابع حاصلا بمناسبة الوظيفة

ومستوجبا مسئولية السيد كلما كانت وظيفة التابع هي السبب في حصول ذلك الفعل منه (٢٣) ، ولا تعتبره كذلك اذا لم يكن بينه وبين الوظيفة أى ارتباط (٢٤) . غير أنها لا تقصد بالسببية في هذا الشأن صلة العلة بالمعلول (٢٥) ، بل تكتفى بأية علاقة مباشرة بين الفعل والوظيفة (٢٦) . ويقول ديموج في ذلك أن السيد يسأل كلما كان فعله سببا ولو عارضا لفعل التابع (٢٧) .

ويلاحظ على هذا المعيار أنه غير واضح وضوحا كافيا ، ولا يعتبر ضابطا دقيقا ، إذ يتعذر معه القول متى تعتبر الصلة بين فعل التابع ووظيفته كافية ومتى لا تعتبر كذلك ، وقد أدى اتباعه في الواقع من الأمر الى التضارب في الأحكام (انظر غوزييه هرمان المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٥٥) . فمثلا اذا استعمل السائق سيارة سيده في مصلحته الشخصية ، فقد حكم تارة بأن الحادث الذي يرتكبه السائق في أثناء ذلك ذا صلة كافية بوظيفته ويستتبع مسئولية السيد عنه (نقض فرنسي جنائي ٢٤ يونيو ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ - ٢ - ٣٣٧ ، استئناف باريس ٢ فبراير ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٣ - ١ - ٧٧١ ، نقض بلجيكي ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزي بلج ١٩٣٤ - ١ - ١١٤) ، وحكم تارة

(٢٣) نقض جنائي ٧ مايو ١٩٢١ مجموعة القواعد الجنائية ج ٢ ص ٢٠٣ رقم ٢٥٢ ، ٢ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٥ - ٧٣٧ - ٩٠٦ ، استئناف مخطط ٥ مايو ١٩٢٧ ب ٤٩ ص ٢١٢ ، ١٩ أبريل ١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٦٤ ، ١٧ نوفمبر ١٩٢٢ ب ٤٥ ص ٣٠ ، وانظر بيدان نبذة ١٢١٤ ، وبهجت ندوي ص ١٥٢ .

(٢٤) نقض فرنسي جنائي ١٦ نوفمبر ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ - ٢ - ١٠٢٣ ، غوزييه هرمان المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٤٩ . انظر مصر ١٢ مايو ١٩٢٧ المحاماة ٧ - ٨٢٩ - ٤٨١ .

(٢٥) نقض بلجيكي ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازيكريزي بلج ١٩٢٨ - ١ - ١٣٣ ، قارن عكس ذلك بنى سوييف استئنافي ٣١ يناير ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ٥٥ ، المحاماة ٢ - ٢٩٢ - ٩٤ ، وروستلرت ص ١٣٦ - ١٣٧ .

(٢٦) نقض ٢ فبراير ١٩٢٥ المجموعة ١٩٢٦ رقم ٢٧ ، وسوردا ج ٢ نبذة ٩٠١ .

(٢٧) ديوج ج ٥ ص ١١٧ نبذة ٩٢٠ .

أخرى بمكس ذلك (استئناف كولمار ١٣ فبراير ١٩٢٩ مجلة الألتراس
واللورين القانونية ١٩٢٩ ص ٥١٨ ، نقض مصرى جنائى ٢٩ مارس
١٩٣١ المحاماة ١٢ - ١٠٥ - ٥٩) .

وقد أدى ذلك ببعض الشراح الى القول بعدم امكان التمويل على
هذا الضابط ، ولا سيما بعد أن ثبت لديهم من استقراء وقائع الأحكام
التي بنت عليه مسئولية السيد وجود خطأ شخصى من السيد يكفى لاقامة
مسئوليته على أساس المادة ١٥١/٢١٢/١٣٨٢ (أنظر مازو ج ١ نبذة
٩١٤ ، بيرسون ودى غيليه ج ١ ص ٢٦٧) .

ويلاحظ أن هؤلاء الشراح هم الذين يرون قصر مسئولية السيد
على حالات الخطأ الذى يقع من تابعه فى تأدية وظيفته بالذات . فهم
لا ينتقدون هذا الضابط وحده . بل ينتقدون الضابطين السابقين أيضا .
ولكننا متى سلمنا بأن العمل يقتضى مد مسئولية السيد الى أبعد من
حددها الطبيعى الذى نص عليه القانون وجب علينا تعيين الحد الذى يقف
عنده هذا المد . غير أننا نعترف كما يقول الأستاذان مازو بأن تعيين هذا
الحد - بالرغم من الشعور العام بضرورته - يكاد يكون مستحيلا
(مازو نبذة ٩١٥) .

ولسنا ندعى أن فى قدرتنا القيام بما يرى غيرنا أنه يكاد يكون
مستحيلا ، وإنما نكتفى بأن نوجه النظر الى أن هذه الضوابط التى قال
بها بعض الشراح وأخذت بها محكمة النقض على اعتبار أنها ضوابط
مسلم بها ينبغى أن تكون محل تأمل طويل قبل التسليم بها ، لأن بعضها
يعوزه غير قليل من الدقة ، والبعض الآخر قد يجرنا التمويل عليه الى
نتائج غير عادلة تتجاوز ما نقدره لحدود مسئولية السيد .

والذى نستخلصه نحن من استعراض هذه الضوابط الثلاثة ، أن
أولها يصلح فقط أن يكون أساسا لقريئة قضائية على أن الخطأ واقع فى
تأدية الوظيفة : وأن الثانى لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التى

تدخل في تقدير القاضي لما يعتبر تجاوزا في حدود الوظيفة ، بل ان بعض الشراح يخلط بين هذا الضابط وبين ضابط السببية . أما هذا الضابط الأخير فنراه أقرب من غيره الى تحقيق العدالة ، ولكنه يعوزه غير قليل من الدقة ويحتاج الى كثير من التحديد ، لأننا نرى انه اذا كان كل ما يراد اعتباره تجاوزا في حدود الوظيفة يجب أن تكون الوظيفة سببا في وقوعه ، فليس حتما أن يعتبر تجاوزا في حدود الوظيفة كل عمل يرتبط بالوظيفة برابطة سببية .

حقيقة التجاوز في حدود الوظيفة : وقد حاولنا — بالرغم من اعتراضنا بوعورة الموضوع — أن نحدد على وجه التقريب الحالات التي يصح اعتبارها تجاوزا في حدود الوظيفة ، فأتضح لنا من تحليل الأحكام الفرنسية والمصرية في هذا الشأن أن التجاوز في حدود الوظيفة يكون بأحد أمرين : اما بالتزيد في أداء عمل من أعمال الوظيفة (أنظر هالتون ج ١ ص ٣٦٢) ، واما بساوء استعمال شؤون الوظيفة (قارن ساغاتييه نبذة ٥ (٣١٨) .

ومثل التزيد أن يكلف رجل البوليس بتفتيش شخص لم يمسئ ، مما ملته في اجراء التفتيش ويعتدى عليه بالضرب (نقض مصري جنائي ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٤٢٥ — ٢١٩) ، أو يكلف بتنفيذ أمر بغلق متجر شبيلان في تنفيذ هذا الأمر حتى يلحق بالتاجر تلفا ، أو يكلف ابطال ساقية فلا يكتفى بوقفها عن العمل ، بل يعطلها تعطيلًا تاما بأن يخلع جازيتها ويهدم بالقأس الطينة المثبتة هي بها (نقض ١٥ أبريل ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٥ — ٢) ، أو أن يقوم ناظر زراعة احدى الدوائر باعتداء مسلح على عمال مقال نسب اليهم اعتداء على أرض الدائرة (استئناف مختلط ٢٣ مايو ١٩٥٠ ب ١٢ ص ٢٧٤ ، وأنظر أيضا ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ١٥٤ ، ١٤ ديسمبر ١٩٣٣ ب ٤٦ ص ٨٥) . أو أن يرى الخادم سيده يتضارب مع شخص آخر فيبادر الى مساعدته ويضرب المعتدى ضربا يقضى الى موته (نقض ٥ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٦٠٦ — ٥٠٣) ، أو اذا كلف السيد خادمه احضار عامل لاصلاح سيارته المودعة

في جراح عمومي ، فأحضر الخادم العامل وقرر هذا أن ليس بالسيارة
خلل ، فأخذها الخادم وذهب بها يبحث عن سيده لتسليمها اياه فأحدث
في الطريق حادثا (نقض جنائي ٢٢ مارس ١٩٣٧ القانون والاقتصاد
٧ - ٤ - ٦٥ مجموعة القواعد الجنائية ج ٤ ص ٥٦ رقم ٦٢) ، أو اذا
ارتكب الموظف جريمة ضد الأهالي رغبة منه في ارضاء الحكومة القائمة
بالخط من كرامة معارضيه (جنائيات المنصورة في قضية أخطاب ١٥
يناير ١٩٣٥ المحاماة ١١ - ٣٧٨ - ٢١٤ ، وتأيد بحكم نقض جنائي ٧
مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٣٦٧ - ١٤٨) .

ومثل اساءة استعمال شئون الوظيفة أن يخرج السائق بسيارة
سيده في غير ما كلف به ، فارتكب حادثا في أثناء ذلك (نقض فرنسي
جنائي ٢٤ يونيه ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٣ - ٢ - ٣٣٧ ، نقض
بلجيكي ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزي بلج ١٩٣٤ - ١ - ١١٤) ، أو أن
يستعمل السيارة في ارتكاب جريمة هناك عرض على شخص صادفه في
الطريق (ليل ١٥ مارس ١٩٣٥ مجموعة الأسبوع القانوني la semaine
Juridique ١٩٣٥ ص ٤٧٢) ، أو أن يستعمل الخفير سلاحه في قتل
انسان (نقض مصري جنائي ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ٨٥٢) ،
أو أن يستعمل كمساري سكة الحديد وظيفته في تهريب مسروقات من بلد
الى آخر (نقض فرنسي جنائي ٢٢ مارس ١٩٠٧ سيري ١٩٠ - ١ -
٤٧٣) .

ويمكن تحليل مسؤولية السيد في حالتي التجاوز بأن ما يقع من
التابع من تريد أو من اساءة لاستعمال شئون الوظيفة يكون من شأنه
أن يمد حدود الوظيفة الى أبعد من دائرتها الطبيعية ، ويترتب على
امتداد الوظيفة مسؤولية السيد عما يرتكبه التابع في أثناءه ، مسؤولية
يصح أن لا تكون مطلقة بل ترد عليها بعض التحفظات .

التحفظات التى تقيد مسؤولية السيد فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته :

التحفظ الأول - تعامل المصاب مع التابع وهو عالم بتجاوز الآخر حدود وظيفته : أجمت الشراح والأحكام على أن السيد لا يسأل اذا كان المصاب قد عامل التابع وهو عالم بتجاوز الأخير حدود وظيفته أو كان ينبغي أن يعلم ذلك ، لأن المصاب يكون قد عامل التابع فى هذه الحالة بصفته الشخصية لا بصفته تابعا ، ونظر اليه باعتباره عاملا لحساب نفسه لا لحساب مخدومه (فى هذا المعنى نفى جنائى ١١ نوفمبر ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ٣٩٦ - ١٦٤) : فلم يعد هناك ما يدعو الى امتداد الوظيفة الى أبعد من حدودها الطبيعية (أنظر بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٥ ، لالو نبذة ٥٠٢ ، مازو نبذة ٩١٤ ، بيرسون ودى غيليه نبذة ١٢٤ ، بهجت بدوى ص ١٥٨ ، مصطفى مرعى نبذة ٢٢٥ والأحكام التى أشار إليها هؤلاء الشراح ، استئناف مختلط ٧ أبريل ١٩٣٧ الغازيت ٢٩ - ٣٨٥ - ٤٥٢ (٤٩ - ١٨١) .

ويلاحظ أنه يقابل هذا الحد من مسؤولية السيد بسبب علم المصاب بتجاوز التابع حدود وظيفته ، امتداد لهذه المسؤولية - يقول به بعض الأحكام والشراح - الى الحالات التى يكون فيها فعل التابع غير داخل فى حدود وظيفته ولكن المصاب اعتقد أنه داخل فيها ، وكان له ما يبرر هذا الاعتقاد . وتطبيقا لذلك حكم بأنه اذا أعطت إحدى الشركات توكيلا تجاريا الى أحد التجار يفخوله حق الانفراد بتصريف منتجات هذه الشركة فى جهة معينة باسمها ولكن لحسابه الخاص ، ثم تسلم الوكيل مبالغ من أحد العملاء على أن يورد اليه مقدارا معيناً من تلك المنتجات . ثم بذد هذا المبلغ ، فإن الشركة تكون مسؤولة ازاء العميل الذى تعامل مع ذلك الوكيل باعتباره تابعا للشركة مع انه ليس كذلك فى الواقع من الأمر

(نقض فرنسي ٣ مارس ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٠ ، وأنظر أيضا استئناف مختلط ٥ يناير ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٩١) •

التحفظ الثاني — ارتكاب التابع للفعل الضار بدافع شخصي :
هل ينظر في تقرير مسئولية السيد الى البواعث التي دفعت التابع الى ارتكاب العمل الضار ؟

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٠٤ بأنه اذا قتل حارس الصيد شخصا آخر بسبب عدااء شخصي بينهما لا صلة له بوظيفة الحارس ، فلا يسأل سيده عن ذلك (سيري ١٩٠٦ — ١ — ١٧٣ • وأنظر في هذا المعنى مصر ١٢/٥/١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٨٢٩ — ٤٨١) •

وقضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ بأن مسئولية السيد لا تقوم الا اذا انتفى الباعث الشخصى لدى الخادم في ارتكاب ما ارتكب • أما اذا ارتكب التابع — ولو أثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها — خطأ بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوهما ، فالتابع وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر اليه خطأه من الضرر بالغير (المحاماة ١٤ — ٤ — ٣) • وأصدرت في ذات التاريخ حكما آخر قبلت فيه بناء على ذلك طعنا في قضية تتلخص وقائعها في أن خفيرا ذهب مع عمدة بلده وأبلا ساقية يديرها أحد الأهالي بغير حق ، وبعد انصرافهما عاد الخفير ومعه آخر ، وأمرأ على أن يعطى ساقية المجنى عليه ، فخلع الجازية وهدم بالفأس الطين المثبتة هي بها ، فاعترضه صاحب الساقية وتماسك الاثنان ، فحضر الخفير صاحب الساقية بالفأس فمات ، فقضت محكمة الجنايات بمسئولية الحكومة مدنيا عما وقع من الخفير ، فطعن في هذا الحكم ، ومحكمة النقض رأت أن الحكم كان يستقيم لولا أنه يوجد بوقائع الدعوى التى عنى الحكم المطعون فيه باثباتها ما يشعر بجواز أن يكون الخفير انما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتقام لضغينة سابقة (كما دفعت الحكومة بذلك) ، اذ في عودة

الخفير الى المجنى عليه بعد ابطال ساقيته وفي اصراره على تعطيلها تعطيلًا تامًا بخلع جازيتها ، وهدم الطين المثبتة به ، ما يصح أن يحمل على الظن بأن هذا التزديد قد يكون منبعثًا عن دافع شخصي لا علاقة له بعمل الوظيفة ، وأن الخفير انما أراد به الامعان في الكيد شفاء لحزازات وأحقاد شخصية ، وقالت المحكمة « وبما أن قيام الضعيفة بين التهم والمجنى عليه من قبل وقوع الحادث أمر تردد ذكره في المرافعة على لسان والد المجنى عليه وأقوال النيابة وعلى لسان الدفاع عن التهم ، فكان حقا على المحكمة أن تمحص في حكمها هذه الواقعة لأنها من الوقائع الجوهرية التي قد تغير موقف الحكومة بالنسبة للمسئولية المدنية ، وأغفال الحكم لبيان هذه الواقعة يجعله قاصر البيان متينسا نقضه (المصاماة ١٤ - ٥ - ٤ ، وأنظر في هذا المعنى أيضا مصر الابتدائية ١٢ مايو ١٩٢٧ المصاماة ٧ - ٨٢٩ - ٤٨١) (٢٩) .

وقد وجه الأستاذ مصطفى مرعي (في كتابه عن المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٢٢ نبذة ٢٢٨) الى هذا الحكم نقدا شديدا يتلخص (أولا) في أن ما ذهب اليه الحكم يتجافى مع صريح النص الذي يفرض المسئولية عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية وظيفته ، بقطع النظر عن الدوافع التي يمكن أن تكون قد دفعت الخادم الى اتيان ما أتى ، و (ثانيا) في أنه يصطدم مع الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المخدم عن خطأ خادمه ، لأن هذه المسئولية ترتكر على مظنة سوء الاختيار كما ترتكر على مظنة النقص في المراقبة ، ويكفي لقيام هذه المظنة أن يأتي الخادم خطأ أثناء عمله سواء كان هذا الخطأ منبعثا عن دافع شخصي للخادم ، أو كان منبعثا عن رغبة منه في خدمة مخدمه ، لأن رقابة المخدم يجب أن تغمر الخادم ، مادام متصلا بعمله ، وكل ما يأتيه من الخطأ وقت اتصاله بعمله — سواء قصد به نفعا لمخدمه أو قصد به الى تحقيق مأرب من مأربه الشخصية — فيه دلالة على نقص فيما فرضه

(٢٩) انظر عكس ذلك نقض ١٩٤٦/٥/٢١ المصاماة ٢٧ بلحق جنائي

عليه مخدومه من الرقابة ، كما أن فيه دلالة على أن مخدومه لم يخسن اختياره و (ثالثا) في أن الأحكام جرت بعكس ذلك وأشار الى حكمن صدرا من محكمة الاستئناف الأهلية قضى أولهما بمسئولية الحكومة مدنيا عن جناية قتل ارتكبتها خفيران على صراف كلفا بمراقبته من ناحية الى أخرى بقصد اختلاس الأموال التي كان يحملها الصراف معه (استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٥ رقم ١١٦) ، وقضى الثاني بمسئولية مصلحة البريد مدنيا عن سرقة ارتكبتها ساع من ساعاتها على خطاب سلم اليه بحكم وظيفته (استئناف ٢٨ يولييه ١٩٠٧ المجموعة ٩ - ٤٢ - ١٧) .

وعلى أثر ذلك أصدرت محكمة النقض حكما بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٣٧ (المحاماة ٨ - ٤٢٠ - ٢١٩) ييسدو منه كأنها عدلت عما ذهبت اليه في هذا الشأن في حكمى سنة ١٩٣٣ ، وتلخص وقائع هذا الحكم في أن المجنى عليه في القضية كان قد اتهم وآخرون في سرقة فول ، فأحضره نائب العمدة لديه مع باقى المتهمين بسبب هذا الاتهام وأراد عدم التبليغ عن الحادثة على أساس اجراء صلح بين الطرفين يدفع بمقتضاء المتهمون الى صاحب الفول عشرين قرشا تعويضا ، ولما لم يدفعوا تدخل وكيل شيخ الخفراء في الأمر وغتس المتهمين وضربهم ، فكانت الضربة التي أصابت المجنى عليه قاضية على حياته ، وكان المجنى عليه وقت الحادثة مقبوضا عليه في منزل نائب العمدة تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر . وكانت المحكمة الابتدائية قد قضت برغض دعوى التعويض المقامة على الحكومة عن جريمة وكيل شيخ الخفر اعتمادا على أن الباعث على ارتكاب الجريمة التي قاربها المذكور لا علاقة لها بوظيفته . ومحكمة النقض لم تر هذا الرأى ، فأنقضت الحكم وقضت بمسئولية الحكومة وقررت أنه اذا تعدى وكيل شيخ الخفراء بالضرب على المجنى عليه في الظرف المتقدم كان هذا التعدى واقعا منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفطيش والضرب الا اعتمادا على تلك الوظيفة ، وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنيا عن

نتيجة خطأ المتهم طبقا للمادة ١٥٢ مدنى ، ولا تأثير للبائع على الجريمة ، وهو فرض الصلح على المجنى عليه فى الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المطلوب منه ، لأن نص تلك المسادة صريح فى فرض المسؤولية على المخدم عن كل ما يأتية الضادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعته الى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسؤولية المخدم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص فى الرقابة ، ويكفى لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله سواء كان هذا الخطأ ناشئا عن باعث شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة مخدمه » .

ونلاحظ على هذا الحكم أنه لا يوجد فى وقائعه أى أثر لباعث شخصى عند شيخ الخفر كان يسوغ للمحكمة الاستثنائية أن تستبعد مسؤولية الحكومة استنادا اليه أو كان يحتاج من محكمة النقض أن تعرض بالنفى لما قد يترتب على الباعث الشخصى من استبعاد مسؤولية السيد . وذلك ان الثابت من الوقائع أن نائب العمدة أراد عدم التبليغ عن الحادثة على أساس اجراء صلح بين الطرفين ، وان شيخ الخفر تدخل لفرض الصلح على المتهمين ، فوقع منه ما وقع . ومما لا شك أن المصلحة العامة التى تمثلها الدولة تقتضى من شيخ الخفر وسائر رجال الادارة اذا ما رفع اليهم نزاع أن يعرضوا الصلح على المتنازعين ، فاذا جاوز شيخ الخفر حدود وظيفته بأن أراد أن يفرض عليهم الصلح ، فان عمله يعتبر ترديدا منه لحساب الدولة مخدمته ولا يمكن اعتباره صادرا عن باعث شخصى . فاذا استبعدت المحكمة الاستثنائية مسؤولية الدولة استنادا الى أن الفعل الضار وقع من شيخ الخفر بدافع شخصى كان يكفى فى نقض حكمها أن تقرر محكمة النقض أن الباعث ليس شخصا بل متصلا بالوظيفة ، وكان لها فى ذلك غنى عن الاستطراد الى القول بأن مسؤولية السيد تقوم بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى ارتكاب ما ارتكب ، ونرى ان ما قرره المحكمة فى هذا الشأن يعتبر ترديدا منها لم يكن يقتضيه الحكم

في القضية التي كانت معروضة عليها ، ولا يصح أن نرى فيه عدولا منها عن المبدأ الذي سبق أن قررته في حكمي سنة ١٩٣٣ .

ومما يؤيد هذا الرأي ما قررته محكمة النقض بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ و ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ في حكميها محل هذا التعليق ، واللذين فرقت فيهما بين فعل التابع الذي يقع منه في أثناء تأدية الوظيفة ، وفعله الذي لم يقع منه في وقت تأدية الوظيفة بالذات ، حيث قالت عن الحالة الأولى ان السيد يسأل فيها على الاطلاق ، أي بغض النظر عما اذا كان الفعل الضار قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدم ، وعما اذا كانت البواعث التي دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها . أما عن الحالة الثانية ، فقد اكتفت بأن تقرر مسؤولية السيد ، وأن تبين شرطها (وهو أن تكون الوظيفة هي التي ساعدت على اتيان الفعل الضار وهيات للتابع فرصة ارتكابها) ، وأساسها (وهو اساءة التابع استعمال شئون الوظيفة) ، دون أن تذكر أن هذه المسؤولية تقوم على الاطلاق بغض النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى ارتكاب فعله .

وبما أنا قد بينا أن وقوع الخطأ من التابع في الوقت المخصص لتأدية وظيفته يصلح أن يكون أساسا لقريفة قضائية على أن الفعل يعتبر خطأ في الوظيفة ، وأن محكمة النقض تعتبره كذلك ، فيمكننا أن نستنتج من عبارات المحكمة أنها تفرق بين الخطأ في تأدية الوظيفة فترتب عليه مسؤولية مطلقة بغض النظر عن البواعث ، وبين الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة فترتب عليه مسؤولية يصح في تقريرها النظر الى البواعث التي دفعت التابع الى ارتكاب الخطأ ، فتكون المحكمة قد حددت بذلك وأكملت نظريتها التي بدأتها في حكمي سنة ١٩٣٣ والتي خيل للناس أنها عدلت عنها في حكم سنة ١٩٣٧ ، وهي تلخص في أنه اذا كان فعل التابع خطأ في تأدية الوظيفة ، فلا محل للنظر في الباعث الذي دفعه الى ارتكابه . أما اذا كان فعله يعتبر تجاوزا في حدود الوظيفة فيسأل عنه سيده الا اذا ثبت أن التابع قد ارتكب ذلك الفعل بدافع شخصي .

وهذا يفسر لنا حكم سنة ١٩٣٣ الذى قضى بعدم مسئولية الحكومة عن عمل الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بأن صمم على خلع جازية المساقية بدافع الانتقام الشخصى من مالكها ، كما يفسر لنا حكم سنة ١٩٣٧ الذى قضى بمسئولية الحكومة عن عمل الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بدافع الرغبة فى فرض الصلح على المتنازعين ، وهو دافع بيننا أنه بعيد عن أن يكون شخصيا ، بل هو أقرب ما يكون لمصلحة الدولة المخدومة .

ونحن لا يسعنا الا أن نقر محكمة النقض على هذه النظرية ، بل نراها أدنى الى الصواب وأقرب الى تحقيق العدالة من التعميم الذى يقول بأن لا عبء بالباعث الشخصى فى جميع الأحوال ، أو ذاك الذى يرى أن صدور فعل التابع عن باعث شخصى يترتب عليه نفى مسئولية السيد فى جميع الأحوال .

ولعله من المفيد فى تدعيم نظرية محكمة النقض فى هذا الشأن أن نفند هنا أوجه النقد التى وجهها الأستاذ مصطفى مرعى الى حكم سنة ١٩٣٣ .

يرى الأستاذ مصطفى مرعى ان القول باستبعاد مسئولية السيد كلما كان التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى يتجافى مع صريح نص المادة ١٥٢ ويصطدم مع الأساس الذى تقوم عليه المسئولية التى يفرضها هذا النص على السيد .

ونحن نسلم بصحة هذا النقد اذا كان موجها الى حكم محكمة النقض الصادر فى سنة ١٩٣٣ بحسب الظاهر منه من حيث نفيه لمسئولية السيد كلما كان التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى ولو كان ذلك الفعل خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

أما بعد أن حددت محكمة النقض نظريتها ، وكشفت عن حقيقة قصدها فى أن نفى المسئولية عن السيد بسبب الباعث الشخصى عند التابع

لا يكون الا في حالة تجاوز التابع حدود وظيفته ، فلم يعد هذا النقصد ينطبق عليها . ذلك أن التمسك بحرفية نص المادة ١٥٢ لا يكون صحيحا الا اذا جعلنا مسؤولية السيد مقصورة على حالة الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، كما يؤدي الى ذلك تفسير النص تفسيراً دقيقاً بغير توسع ، وشئ تلك الحالة التي يصح فيها القول بأن مسؤولية السيد ترتكز على أساس خطأ مفروض في جانبه والتي تكون المسؤولية فيها مطلقة لا ينظر فيها الى البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعت التسامح الى اتيان ما أتى . أما اذا أردنا أن نساير القضاء في التوسع في مسؤولية السيد بحيث تشمل أيضا حالات التجاوز في حدود الوظيفة .

يجب أن لا يغيب عنا : (١) أن القضاء هو الذي أنشأ المسؤولية في هذه الحالات قاصدا أن يجعل منها مسؤولية مكملية للمسؤولية الأصلية ألنى قررها المشرع بالمادة ١٥٢ ، فأقحم هذه الحالات ضمن مشتملات هذه المادة اقحاما . (٢) وان المسؤولية في هذه الحالات لا ترتكز على أساس من الخطأ المفروض بل على أساس تحمل التبعة .

فاذا قالت محكمة النقض ان هذه المسؤولية تنتفي متى ارتكب التابع فعله بدافع شخصي لا لمصلحة مخدمه كان رأيها في ذلك متفقا مع أساس هذه المسؤولية ، ولا يصح الاعتراض عليه لا بحرفية نص المادة ١٥٢ ، ولا بالأساس الذي ترتكز عليه مسؤولية السيد عن الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات .

واذا رجعنا الى زعم السيد بها مرعى بك ليدل على أن المحاكم تقضى بمسؤولية السيد حتى لو ثبت أن التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصي ، وجدنا أن الحالات التي قضت فيها المحاكم بذلك يعتبر ما وقع فيها من التابع خطأ في تأديته بالذات . ومن ذلك حالة الخفير الذي كلف حراسة الصراف فاغتاله واختلس ما في عهده من أموال ، وحالة ساعي البريد الذي كلف أن يسلم الى المرسل اليه خطابا فاختلسه ، وحالة سائق السيارة الذي عهد اليه سيده نقل

طفلة فهتكت عرضها • فإذا جاز الاحتجاج بهذه الأحكام للاعتراض على نظرية محكمة النقض كما هتكت في سنة ١٩٣٣ ، فإنه لا يجوز بعد أن حددت المحكمة نظريتها بحكمي سنة ١٩٤٠ و ١٩٤١ وأصبحت تغرق بالنسبة لما يترتب من أثر على الباعث الشخصي عند التابع بين هالتين : حالة الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، وحالة الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة •

يضاف الى ذلك أن هذه التفرقة لها ما يبررها من الناحية الأدبية ، لأنه إذا التزم التابع حدود وظيفته يكون واقعا تحت سلطة سيده وخاضعا لرقابته خضوعا تاما فتكون مسؤولية السيد مسؤولية شاملة • أما إذا جاوز التابع هذه الحدود فيكون قد باعد بينه وبين سلطة سيده وراقبته ، فمن المعقول أن لا تكون مسؤولية السيد — إذا ما سلمنا بها — مسؤولية شاملة •

غير أنا نود قبل أن نختم هذا البحث أن ننبه الى أن الباعث الشخصي للتابع — الذى تنتفى به مسؤولية السيد في حالة تجاوز التابع حدود وظيفته — يجب أن يبحث عنه في الفعل الضار ذاته لا في الفعل المكون للتجاوز • فإذا كان العمل المكون للتجاوز هو بذاته الذى نتج عنه الضرر كان للباعث على ارتكابه أثر في مسؤولية السيد (ومثل ذلك حالة الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بخلع جازية السلطانية بدافع الانتقام) ، أما إذا وقع التجاوز أولا فترتب عليه امتداد في حدود الوظيفة ، ثم وقع الفعل الضار في أثناء هذا الامتداد • كما هو شأن السائق الذى يختلس عربة سيده ليستعملها في أمر خاص به دون سيده ، فترتكب بها حادثا ، فإنه يكون قد جاوز حدود الوظيفة بدافع شخصي ، ولكن ذلك لا يكفي لرفع المسؤولية عن سيده ، بل يجب النظر الى الحادث الذى أعقب ذلك ، فإذا ثبت وقوع ذلك الحادث باهمال أو عدم انتباه بقى السيد مسئولا ، أما إذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث باهمال أو عدم انتباه بقى السيد مسئولا ، أما إذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث بدافع الانتقام انتفت مسؤولية السيد •

تطبيق المبادئ على الوقائع

حكم ٢٢ أبريل ١٩٤٠ : تتلخص وقائع هذا الحكم في أن ناظر مدرسة أميرية لاحظ تكرار الإهمال من أحد الفراشين ، فأنبه على ذلك مرارا ، فاغتاظ الفراش من الناظر وحقد عليه ، وصمم على أن ينتقم منه ، وانتظره عند باب المدرسة مع زملائه الفراشين فيها ، وتظاهر عند خروج الناظر من المدرسة بأنه انما يقترب منه لكي يفتح له — بصفته رئيسه — باب السيارة التي كانت في انتظاره ، وتمكن من اغتياله في هذا المكان ، فرفعت الدعوى الجنائية على الفراش وادعى والد المجنى عليه بالحق المدنى على الفراش وعلى وزارة المعارف باعتبارها مسئولة عن فعل تابعها ، وقضت محكمة الجنايات بالزام الفراش بالتعويض ورفض الدعوى قبل وزارة المعارف ، بناء على أنه يشترط في مسئولية السيد عن أعمال تابعه أن يكون الحادث المستوجب للتعويض داخلا في طبيعة عمل المستخدم عندها ، وأن يكون قد ارتكبه بصفته مستخدما ، في حين أن الفراش ارتكب القتل خارج المدرسة في الشارع العمومى حيث كان أى مجرم يستطيع القيام بمثل فعلته ، فضلا عن أن الاغتيال لا يمكن بأى حال اعتباره داخلا في طبيعة عمل الفراش .

طعن المدعى المدنى في هذا الحكم بأنه أخطأ في تطبيق القانون لأن المادة ١٥٢ مدنى لا تشترط وجود صلة بين الحادث وبين طبيعة العمل الذى يؤديه الخادم ، كما أن مسئولية السيد فيها مفترضة اقتراضا ، فيكفى أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تادبة عمله سواء أكان هذا الخطأ صادرا عن مجرد الرغبة في أداء خدمة للسيد أم عن باعث شخصى ، فضلا عن أنه لو لم يكن المتهم موظفا لمسا أمكن تصور وقوع الجريمة ولا قيام المجنى عليه بأى تصرف من هذه التصرفات الحكومية مع المتهم ، فالقانون يحمل السيد في هذه الصورة المسئولية عن عمل خادمه مادامت الوظيفة هى التى مكنت الخادم من ارتكاب الحادثة وهيات له سبيل ذلك ولو وقعت الجريمة في غير وقت الخدمة ، فلا يهم إذن أن

تحصل الجريمة خارج المدرسة مادام المتهم قد أقدم على ارتكابها ضد رئيسه بسبب الوظيفة التي كان يشغلها .

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وألغت الحكم المطعون فيه ، وألزمت وزارة المعارف بالتعويض بالتضامن مع الفراش ، بعد أن قررت المبادئ التي أشرنا إليها فيما سبق .

وقد اعتبرت المحكمة ما وقع من الفراش « غاية في الدلالة على أن وظيفة المتهم بوصف كونه فراشا في المدرسة تحت رعاية المجنى عليه هي التي هيأت له كل الظروف التي مكنته من اغتيال المجنى عليه بطريق الخيانة ، لأنه لو لم يكن كذلك لما استطاع أن ينتظر غريمه ويترصده له آمنا مطمئنا أمام باب المدرسة حيث وقعت الواقعة : ولما كان هناك من مناسبة لأن يقترب من المجنى عليه تحت ستار أداء الواجب عليه له ثم يغدر به » .

وفي وسعنا أن نستخلص من ذلك النتائج الآتية :

١ — أن المحكمة كيفت ما وقع من الفراش بأنه تجاوز منه لحدود وظيفته مبنى على أن وظيفته هي التي هيأت له ارتكاب الجريمة .

٢ — أنها ما عولت على هذا الظرف الأخير إلا لأنه ثبت لها أنه لو لم تكن وظيفة الفراش لما استطاع أن يرتكب فعلته .

٣ — أنه كان يجب أن يترتب على هذا التكييف إخلاء مسؤولية وزارة المعارف متى ثبت أن الفراش اقترف جريمته بدافع الانتقام الشخصي . غير أننا إذا نظرنا إلى هذا الدافع الشخصي وجدناه هو ذاته متصلا بوظيفة الفراش برابطة السببية ، لأن رغبة الانتقام لم توجد في نفس الفراش إلا بسبب ما تفرضه عليه وظيفته من علاقة برئيسه الذي اختلف معه في شأن تأدية الوظيفة ، مما جعله يحقد عليه وينتوي

الانتقام منه • وبناء على ذلك لا يكون هذا الدافع — ولو أنه شخصى —
أجنبيا عن الوظيفة ، لا تقتضى به مسؤولية السيد • وهذا ما يفسر قضاء
محكمة النقض بمسؤولية وزارة المعارف ، بعد أن قررت المبادئ
القانونية التى استعرضناها (٣٠) •

٤ — على أنا نعتقد أنه كان فى وسع المحكمة أن تختصر الطريق ،
وتعتبر ما وقع من الفرائض خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات تترتب عليه
مسؤولية الوزارة بقطع النظر عن الدافع الشخصى ، ذلك أنه لا شك
فى أن وظيفة الفرائض تفرض عليه واجب احترام رئيسه وإطاعة أوامره
وتنفيذها باخلاص • فإذا اختلف الفرائض مع رئيسه فى شأن من شئون
الوظيفة ، واعتدى عليه بسبب ذلك ، فقد أخل بأول واجب تفرضه عليه
وظيفته •

حكم ٢٧ يناير ١٩٤١ : تتلخص وقائع هذا الحكم فى أن خفيرا
أحب زوجة أحد سكان العزبة التى يخفوها ، فانتوى تطبيقها منه كى
يتزوجها هو ، ولما لم يجد الى ذلك سبيلا عول على أن يتخلص من
الزوج بقتله ، فاحتال على ذلك بأن اتفق مع بعض العرب الضاربين
خيوشهم فى أحد أطراف العزبة على تصوير حادث سطو ، وفى الليلة
المتفق عليها جلس الخفير فى المساء أمام منزله مع الزوج وآخرين ،
وتظاهر لهم بأنه متعيب الليلة ويشعر بالخوف بسبب نباح الكلاب لجهة
المزارع وأنه يخشى أن يكون بالغيط لصوص ، وانصرف الجميع الى
بيوتهم والخفير الى دركه ، ثم ادعى أنه شعر بدوار فى رأسه حوالى
الساعة الثالثة صباحا ، فعاد الى منزله ليستريح قليلا ، وأنه سمع
بمجرد دخوله نباح الكلاب فى المزارع وأصوات استعانة ، وأنه خرج

(٣٠) وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها بتاريخ ١٠ نوفمبر
١٩٨٣ فى الطعن رقم ٥٨٩ سنة ٥٠ ق الى إطلاق مسؤولية المتبوع عن خطأ
تلبسه كلما كان هذا الخطأ قد وقع أثناء تأدية التابع وظيفته او كلما استغل
وظيفته او ساعدته على ذلك سواء كان الفعل لمصلحة المتبوع او عن باعث
شخصى بطم المتبوع او بخير علمه •

على الفور من منزله واذا ذلك سمع صوت عيار نارى ، فأطلق هو عيارا آخر صوب الجهة التى سمع فيها العيار الأول ، وتبدلت العيارات بينه وبين اللصوص ، ويعد أن هذأت الاستغاثة أبصر شخصا مسرعا نحوه فظنه أنه من اللصوص فأطلق عليه عيارا من مسافة مترين بينهما ، ثم هجم عليه وضره بماسورة البندقية على رأسه خوفا من أن يكون العيار لم يصبه ، ثم ذهب الى منزل شيخ العزبة وأبلغه بالحادث ، ثم ظهر بعد ذلك أن القتل هو الزوج .

رفعت الدعوى العمومية على الخفير بتهمة القتل عمدا مع سبق الإصرار باعتبار أنه قد دبر هذا الحادث وصور وقائمه ليتمكن من قتل الزوج تحت ستاره ، وادعى أهل القتل مدنيا ضد الخفير ووزارة الداخلية باعتبارها مسئولة عن فعل الخفير التابع لها . وقضت محكمة الجنايات بادانة الخفير وبإلزامه بالتعويض وبرفض الدعوى قبل وزارة الداخلية بناء على أن المتهم — وان كان ما ينسب اليه جنائيا قد ارتكبه أثناء تأدية وظيفته — الا أنه قد ارتكبه بسوء قصد وبدافع شخصى محض وهو التخلص من المجنى عليه ليتمكن من التزوج بزوجته .

طعن المدعى المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون لأن المادة ١٥٢ مدنى صريحة فى وجوب مسؤولية المخدم مدنيا عن كل ما يقع من خادمه حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى قد تكون دفعته الى ارتكابه ، فهذه المسؤولية تكون ثابتة كلما كان الخطأ قد وقع من الخادم أثناء تأدية وظيفته ، وكذلك اذا كان قد وقع بمناسبة الوظيفة متى كان متصلا بها اتصالا وثيقا يمكن معه القول بأنه اذا لم تكن الوظيفة لها كمال الخطأ ، ولما كان الثابت فى الحكم أن الوظيفة هى التى هيات للمتهم ارتكاب الحادث ، فان وزارة الداخلية تكون مسئولة معه بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى تسبب فى حصوله اعتمادا على وظيفته .

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وألغت الحكم المطعون فيه ،

وقضت بمسئولية وزارة الداخلية بالتضامن مع الخفير بعد أن قررت المبادئ التى أشرنا إليها فيما سبق • وقد اعتبرت المحكمة أن ما وقع من المتهم « انما وقع منه بوصفه خفيرا فى الليل وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه ، مما يقطع بأنه قد ارتكب الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، كما أن الثابت أيضا أنه قد ارتكب خطأ بالسلاح المسلح اليه من الحكومة التى استخدمته ، وأنه انما تفرع بوظيفته فى التضليل بالمجنى عليه حتى طاعوه وجازت عليه الخدعة ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع من ناحية أخرى بأن وظيفة المتهم هى التى سهلت له ارتكاب جريمته ، وبأنه لولاها لم يكن يستطيع ارتكاب ما ارتكبه على المجنى عليه • ومتى كان ذلك كله واضحا كانت مسئولية الحكومة عن تمويض الضرر الذى تسبب فيه المتهم باعتباره خفيرا معينا من قبلها ثابتة سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو على أساس أن الوظيفة هى التى هيات له ظروف ارتكابه • ولا يرفع عنها هذه المسئولية أن يكون المتهم قد ارتكب فعلته بمعامل شخصى خاص به وحده ولا شأن لها به أو عدم ثبوت أى خطأ من جانبها هى — كما يقول الحكم المطعون فيه — فان مسئوليتها عن عمل خادمها فى هذه الحالة مفترضة بحكم القانون على أى من الأساسين المذكورين » •

وفى وسعنا أن نستخلص من ذلك النتائج الآتية :

١ — ان المحكمة اعتبرت أن الخفير قد قام بفعلته أثناء تأدية وظيفته ، أى أن ما وقع منه خطأ فى تأدية وظيفته بالذات ، وهذا صحيح ، لأن من واجبات الخفير أن يحرس العزبة وسكانها فى أثناء الليل ، وأن يحول دون السطو عليها ، فإذا انتقض على هذا الواجب فى الوقت الذى هو مكلف فيه به ، بأن سرق شيئا من العزبة ، أو سطا عليها ، أو اتفق مع لصوص على السطو عليها ، أو صور حادث سطو ليستر به قتل غريم له ، فان اخلاله بواجبه على هذه الصورة يعتبر دون شك خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، تترتب عليه مسئولية وزارة الداخلية مسئولية مطلقة بقطع النظر عن الدوافع الشخصية •

٢ — انه كان للمحكمة في هذا الأساس الأول لمسئولية السيد غنى عن الأساس الثاني الذى استندت اليه وهو تجاوز الخفير حدود وظيفته باساءة استعمال السلاح المسلّم اليه وباستعمال وظيفته في التفضيل بالمجنى عليه ، بل انه لو اقتصر الأمر على هذا الأساس الأخير وحده لتعين الحكم بنفى المسئولية عن الوزارة بناء على أن الخفير قد ارتكب فعلته بعامل شخصي خاص به وحده ولا شأن لها به . أما وقد بنت المحكمة مسئولية الوزارة على الأساسين معا فقد استطاعت أن تضرب صفحا عن البساعة الشخصى ولم يساعدها على ذلك الا أنها بدأت بتكليف فعل الخفير بأنه خطأ في تأدية الوظيفة بالذات .

٣ — ان المحكمة اذ عولت الى حد ما على كون وظيفة الخفير هي التي هيأت له ظروف ارتكاب الحادث ، قد راعت في ذلك — كما راعته في الحكم السابق أيضا — أنه لولا وظيفة التابع لما استطاع ارتكاب ما ارتكبه على المجنى عليه . فهي بذلك قد ضمت شرط السببية الى شرط كون الوظيفة هي التي سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار ، بل الواقع انها لم تكف بهذا الشرط الأخير وحده — كما قد يقبّار الى الذهن بادئ الأمر من عبارتها الأولى — وانما اشترطت أن تكون بين الوظيفة والعمل الضار رابطة سببية مباشرة طبقا لنظرية تعادل الأسباب (انظر كتابنا في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٦) ، وما عولت على كون الوظيفة سهلت ارتكاب الفعل الضار الا باعتبار هذا الظرف عنصرا من عناصر تقدير تلك السببية .

خلاصة البحث : وخلاصة ما تقدم أن محكمة النقض قد أصابت من الناحية الموضوعية في هذين الحكمين ، وحققت العدالة ، وانها كانت تستطيع ان تصل الى ذلك حتى لو التزمت تفسير المادة ١٥٢ بغير توسع . أما وقد توسعت في هذا التفسير — ودون حاجة ملجئة الى ذلك — فينبغي أن نأخذ ما قرّره في شيء من التحفظ ، فإذا جاريناها في التسليم بضرورة مد مسئولية السيد الى ما يقع من

التابع في تجاوز حدود وظيفته ، وجب أن نكتفى في تعيين ما يعتبر تجاوزا لحدود الوظيفة بالتحويل على مجرد وقوع الفعل الضار من التابع في الوقت المخصص لتأدية وظيفته ، ولا على كون الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب ذلك الفعل ، وكان لنا أن ننتظر من محكمة النقض أن تعيد النظر في هذه المسألة — كلما دعتها الى ذلك ظروف القضايا التي تعرض عليها — حتى توغق الى وضع ضوابط تكون أقرب الى الكمال وأدنى الى تحقيق العدالة .

غير أنه يبدو لنا منذ الآن أنه مهما كان الضابط الذي ستقف عنده محكمة النقض ، غلابد من التسليم بأنه سيفرج بمسئولية السيد في هذه الحالة عن أن يكون أساسها الخطأ المفروض في الرقابة والتوجيه ، ويجعلها تقوم على نظرية تحمل التبعة ، وأنه سيقتى هناك دائما محل للفرقة بين مسئولية السيد عن خطأ تابعه في تأدية وظيفته بالذات ، وبين مسئوليته عن الخطأ في تجاوز حدود الوظيفة ، فتكون المسئولية في الحالة الأولى مطلقة لا يؤثر فيها أن يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصي . أما في الحالة الثانية ، فمسئولية السيد تمتد بما صدر عن التابع من تجاوز حدود الوظيفة ، ولكنها تعود غتنتفى إذا كان التابع قد ارتكب الفعل الضار في أثناء تجاوز حدود وظيفته بدافع شخصي (٣١) .

(٣١) وقد اتجهت نية واضعى مشروع تنقيح القانون المدني المصرى في هذا الشأن الى تقنين أحكام المحاكم المصرية بخصوصه ولا سيما أحكام محكمة النقض الأخيرة التي كنا قد وجهنا اليها ما تعلمت الإشارة اليه من نقد ، فنصوا في المادة ١٧٨ من المشروع على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع اذا كان هذا العمل داخلًا في أعمال الوظيفة التى عهد بها اليه ، ويكون مسئولاً كذلك اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن للمتبوع حق في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه وكسـان يملك امر فصله — ويستطيع المتبوع أن يخلص من المسئولية اذا اثبت أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر » .

ويبين من نص الفقرة الأولى من هذه المادة قصد واضعى المشروع الاخذ =

== بما ذهبت اليه محكمة النقض في قضائها الاخير من توسع في مسؤولية المتبوع يجعل هذه المسؤولية غير مقصورة على ما يقع من التابع من اخطاء في تأدية وظيفته بالذات ، بل شاملة أيضا كل خطأ تكون وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة لارتكابه ، وتقدم القول أن محكمتنا العليا كانت جاوزت بما ذهبت اليه في هذا الشأن أقصى حدود التوسع التي وصلت اليها المحاكم الفرنسية ولم يغيب من واضعي المشروع أن الأخذ بذلك يجعل كفة المصاب ترجح كفة المتبوع رجحانا يخل بما ينبغي أن يتوخاه المشرع من توازن بين المصالح المتعارضة ، فعملوا على إعادة هذا التوازن بأن أجازوا في الفقرة الثالثة للمتبوع أن يدفع مسؤوليته بإقامة الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع .

غير أنه لما عرض المشروع على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، اخذت بما كنا قد وجهناه الى أحكام محكمة النقض المصرية من نقد . « ورات عدم الموافقة على الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ، ولو أن أحكام محكمة النقض المصرية مطردة في تقرير المسؤولية إذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، لأن تقنين مثل هذا الحكم يقتبس من أحكام المحاكم عمل تشريعي غير سليم ، ومن المستحسن الاستمرار على الوضع الحالي وترك الأمر لتقدير القضاء » .

وبناء على ذلك حذفت اللجنة العبارة الثانية من الفقرة الأولى واستعاضت عنها بإضافة كلمتي « أو بسببها » الى العبارة الأولى من الفقرة ، وهكذا تألف النص الذي صدر به القانون .

وبين من الأدوار التي مر بها هذا النص أن المشرع قصد به تقنين أحكام المحاكم ، فيما عدا الصيغة التي كانت محكمة النقض قد اخذت بها فيها يتعلق بكون الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، أي أنه لم يقصد قصر مسؤولية المتبوع على الأحوال التي يكون ما وقع فيها من التابع خطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، بل جعلها تشمل الحالات التي يكون فيها خطأ التابع قد وقع منه بسبب الوظيفة ، أي أنه وقع منه في نشاط خارج عن حدود الوظيفة بالذات ، ولكنه يتصل بها بعلاقة سببية وثيقة بحيث يعتبر ابتداعا لها ، سواء أكان هذا الإبتداء من طريق التزبد في عمل من أعمال الوظيفة أم كان من طريق إسداء استعمال شؤون الوظيفة كما تقدم .

وبناء على ذلك يمكن القول أن مسؤولية المتبوع وفقا للتقنين الجديد تشمل أحوال مسؤوليته التي كانت مقررة قضاء في ظل التقنين الملقى ، فيما عدا حالة كون الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، فإن المسؤولية في هذه الحالة لا تقوم إلا إذا توافرت صلة السببية المباشرة بين الوظيفة والعمل غير المشروع أي إذا ثبت أنه لولا الوظيفة لما ارتكب التابع ذلك العمل .

ونرى أن التفرقة التي تقدم أن المحاكم المصرية قد استنبطتها في ظل التقنين الملقى — نسبا يتعلق بأثر ارتكاب التابع عمله غير المشروع بدافع شخصي — بين أعمال التابع التي تعد خطأ في تأدية وظيفته بالذات وأعماله التي تعد تجاوزا لحدود الوظيفة ، أن كانت تعتبر في ظل التقنين الملقى =

مسئولية السيد عن فعل تابعه وشرط وقوع فعل التابع حال تادية وظيفته (٣١) :

استعرضنا في تعليقات سابقة قضاء محكمتنا العليا في شأن مسؤولية السيد عن فعل تابعه وبخاصة ما يتعلق منه بشرط وقوع فعل التابع حال تادية وظيفته ، وانتقدنا التوسع الهائل الذى سارت عليه محكمة النقض في تطبيق هذا الشرط ، ووقفنا في النهاية عند حكم صدر من دائرتها المدنية بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ بدا لنا منه أن المحكمة أخذت تتشكك في صحة هذا التوسع وتضع عليه علامة استفهام تمهيدا لضبطه وتقييده (أنظر مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٣ ص ١٥٥ وما بعدها) .

ويبدو أن هذا الشك الذى كان قد ساور الدائرة المدنية جبا قد

= تفرقة اجتهادية لا تستند الى نص ، فقد أوجد لها التفتين الجديد سندا قانونيا بنفسه في المادة ١٧٤ منه على مسؤولية المتبوع عما يرتكبه تابعه « في حالة تادية وظيفته أو بسببها » ذلك أن الفعل الضار الذى يكون مسلما أنه لم يرتكب في حالة تادية الوظيفة لا يمكن أن يعتبر مرتكبا بسبب الوظيفة متى ثبت أن التابع قد ارتكبه بدافع شخصي كالانتقام أو غيره .

وإن فالتص يؤيد أن المتبوع يسأل عن الخطأ الذى يرتكبه تابعه في تادية الوظيفة بالذات ولو ارتكبه بدافع شخصي لأن هذا الدافع لا ينفي وقوع الفعل حال تادية الوظيفة كما أن النص يؤيد عدم مسؤولية المتبوع عما يرتكبه التابع عندما يجاوز حدود وظيفته بدافع شخصي لأن هذا الدافع ينفي ارتكاب الفعل بسبب الوظيفة .

وقد قضت بذلك محكمة النقض حيث قررت في ٢٦ يناير ١٩٥٤ أن المادة ١٧٤ قد جعلت مسؤولية المتبوع منوطة بأن يكون عمل التابع غير المشروع واتعاه منه في حالة تادية وظيفته أو بسببها . وإن متى كان الخفي المتهم لم يكن عند ارتكابه جريمة القتل يؤدي عملا من أعمال وظيفته — مادام أنه كان قد تخلى عن عمله الرسمي وغادر منطقة حراسته للطرق الزراعية خارج انقلاذ الى مكان الحادث داخل البلدة ، إذ خف اليه عندما سمع بالشجيرة للاعتداء على خصومه وقتل المجنى عليه — وكان المتهم لم يرتكب جريمة بسبب الوظيفة وإنما قتل المجنى عليه لنصرة فريقه ولشأنه ما يجعله من غل وحده نحو خصومه وانتقبا منهم ، متى كان ذلك فإن وزارة الداخلية لا تكون مسئولة عن جريمة خفيها لمادامت وقعت خارج منطقة حراسته ولم تكن في حالة تادية وظيفته ولا بسببها .

(٣١) هذا الحكم لم يكن قد نشر بعد عند تعليقاتنا عليه ، ثم نشر في الحاماة ٣٧ ملحق مدنى ٤٠٦ — ١٦٩ .

تبدد ، وذهب معه كثير مما علقنا عليه من أمل في اعادة النظر في أمر ذلك التوسع في مسئولية السيد عن فعل تابعه ، فقد أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض حكما حديثا بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ (٣٣) في الطعن المقيم بجدول المحكمة نمرة ١١٥ سنة ١٥ قضائية وبجدول النيابة نمرة ١٢٤ سنة ١٩٤٥ انحازت فيه الى قضاء الدائرة الجنائية السدى سبق لنا نقده وأقرت التوسع في مسئولية السيد من عدة وجوه .

وتتلخص الوقائع التى صدر فى شأنها هذا الحكم الأخير فى أن كونستابل انتدب من بنها الى القاهرة فى مأمورية رسمية هى القبض على أحد المجرمين ، وكان الكونستابل يحمل مسدسا حكوميا سلم اليه عند مغادرته بنها . وذهب الكونستابل فى القاهرة لزيارة أسرة قريبة له ، وفى أثناء مجالسة الأسرة لزائرهما طلب أحد أبنائهما من والده نقودا ، فشهرك الكونستابل مسدسه عليه ليرهبه مداعبا ، فانطلق منه خطأ مقذوف أصاب الفسلام والوالده . فطالب المجنى عليهما الكونستابل ووزارة الداخلية بالتعويض . ودفعت الوزارة مسئوليتها بأن الكونستابل لم يكن وقت وقوع الحادث يؤدى عمله لديها بل كان فى زيارة شخصية بحتة . وردت محكمة الموضوع على ذلك بقولها : « ان الآلة النارية (المسدس) التى نشأت عنها الاصابة لم يستلمها الكونستابل المذكور من الوزارة الا بحكم وظيفته وبسبب وجود هذا المسدس معه كموظف استطاع أن يلهو به ويعبث فى دار المصابين فيصوبه اليهما من غير أن يتحقق من خلوه من الرصاص . وهو عمل ينطوى على رعونة واهمال وعبث بما فى عهده من سلاح يجعل الوزارة باعتبارها مخدمته مسئولة عن نتائجه » .

وقد طعنن الوزارة فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تفسير المادة ١٥٢ مدنى وفى تطبيقها ، اذ أن هذه المادة لا تلزم السيد بتعويض عن أفعال خدمه الضارة الا اذا وقعت منهم حال تأدية وظائفهم . وهى استثناء

جاء على خلاف القاعدة العامة التي تجعل أساس المسؤولية خطأ المسئول نفسه ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه . ولما كان مناسط مسؤولية السيد هو بصريح النص وقوع الخطأ من الخادم حال تأدية وظيفته وكان الفعل المنسوب الى الكونستابل وقع منه وهو لا يؤدي وظيفته ، فان محكمة الموضوع اذ أخذت الوزارة بعمله وفقا للمادة ١٥٢ تكون قد أخطأت في تطبيقها . ولئن كان بعض الفقهاء والمحاكم قد توسع في تطبيق هذه المادة فجعلها تتناول الأحوال التي لا يقع فيها الفعل من الخادم حال تأدية الوظيفة اذا كان هو قد تجاوز حدودها أو أساء استعمالها أو كان الفعل وقع منه بمناسبة ، فان في ذلك خطأ في تفسير نص استثنائي بما لا يحتمله . على أن أكثر الآراء تطرفا في توسيع مسؤولية السيد يقول بانعدامها اذا قام اتصال من لحقه الضرر بالخادم على أساس صفته الشخصية لا باعتباره تابعا ، وزيارة الكونستابل لنزل المطعون ضده لم يكن لها شأن بوظيفته ، وكذلك تنعدم مسؤولية السيد اذا كان الباعث على الفعل غريبا عن الوظيفة كما هو الحال في واقعة الدعوى .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن وردت عليه : « بأن القول بأن المادة ١٥٢ مدني اذ نصت على مسؤولية السيد عن فعل خادمه جاءت استثناء من الأصل المقرر بالفقرة الأولى من المادة ١٥١ الذي بمقتضاه لا يسأل الانسان الا عن فعله هو قول ليس له سند من النص ولا من علة تشريعية ، بل القول الحق هو أن مسؤولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد اليهم بخدمته ويتقصيره في مراقبتهم . ومن ثم لا تكون المادة ١٥٢ الا تطبيقا خاصا لقواعد المسؤولية الشخصية وقد كان يمكن الاستغناء عنها بعموم نص المادة ١٥١ لو لم يرد الشارع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده . ومتى كان ذلك مقررًا وجب تفسير هذه المادة بحيث يسرى حكمها على كل حالة تتناولها عبارتها وغحواها . »

وبما أن هذه المادة تقرر مسؤولية السيد عن « الضرر الناشء

للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم في حال، تأدية وظائفهم » .
وتعميم النص على الاضرار الواقعة حال تأدية الوظيفة : دون قصره
على الأضرار الناشئة من تأديتها ، لا يجعل مسئولية السيد قاصرة على
أعمال الوظيفة فحسب ، بل يجعلها شاملة لكل فعل ولو لم يكن من أعمال
الوظيفة لكن هيأه للخدام أدائها بحيث لولا هذا الأداء ما كان الفعل
يقع كما وقع ، وان كان هذا مطل خلاف في القانون الفرنسى حيث تبدو
الفقرة الثالثة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى اذ تقول :
*du dommage causé par leurs domestiques de préposés dans les
fonctions auxquelles ils lesont employes*

ضيقة المدى ، فأحرى بهذا الخلاف ألا يوجد في القانون المصرى حيث
تتسع المادة ١٥٢ بقولها :
du dommage cause par ses serviteurs
quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions

لسكل الأضرار الواقعة حال أداء الوظيفة سواء كانت ناشئة
عن خطأ في أعمال الوظيفة نفسها أو في أعمال هيأها للخدام
قيامه بالوظيفة في الحدود المرسومة من قبل ... (وبعد أن
استعرضت المحكمة الوقائع قالت) : ... وهذا يفيد أن أداء الوظيفة
هو الذى هيأ للموظف الفعل الذى نشأ عنه الضرر ، ومتى كان ذلك
كذلك فلا عبرة بالبائع الذى دفعه الى فعلته ، هذا وليس في الواقع
الذى أثبتته الحكم ما يفيد أن الضرر الذى لحق المطعون ضده وابنه وقع
نتيجة الزيارة الشخصية التي كان الكونستابل يؤديها لهما حتى يقال أن
المطعون ضده وابنه كانا اذ ذلك على اتصال به بصفته الخاصة لا باعتباره
تابعا بل أن الضرر وقع نتيجة عبث الموظف بسلاح في عهده بحكم وظيفته ،
فلا مفر للوزارة من المسئولية » .

ويمكن تلخيص ما قرره محكمتنا العليا في النقاط الآتية :

١ - ان نص المادة ١٥٢ مدنى المقرر لمسئولية السيد ليس نصا
استثنائيا ، واردا على خلاف القاعدة الأصلية المقررة في المادة ١٥١
فقرة أولى التي تقصر مسئولية المرء على ما يقع منه شخصا ، وانما

هو تطبيق خاص لنك القاعدة • وبناء على ذلك يجب تفسيره بحيث يسرى حكمه على كل حالة تتناولها عبارته وغواه •

٢ — ان أساس هذه المسؤولية خطأ السيد بسوء اختيار من عهد اليهم بخدمته وبتقصيره في مراقبتهم •

٣ — ان نص المادة ١٥٢ مدنى مصرى أعم من نص المادة ١٣٨٤ فقرة الثالثة فرنسى ، وانه بسبب ذلك العموم يتسع لكل الأضرار الواقعة حال أداء الوظيفة سواء كانت ناشئة عن خطأ فى أعمال الوظيفة نفسها أو فى أعمال هيأها للخادم قيامه بالوظيفة فى الحدود المرسومة من قبل •

٤ — انه متى كان أداء الوظيفة هو الذى هيأ للموظف الفعل الذى نشأ عنه الضرر فلا عبرة بالبائع الذى دفعه الى فعلته •

٥ — انه اذا كان المجنى عليه على اتصال بالموظف بصفتة الشخصية لا باعتباره تابعا لا يكون السيد مسئولا عما يقع من تابعه فى أثناء ذلك •

ونلاحظ على ثلاث المسائل الأولى أن ما قرره بشأنها هذا الحكم ينقض ما سبق أن قرره بشأنها الحكم الصادر من ذات الدائرة المدنية بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ (المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) السابق الاشارة اليه •

فمن المسألة الأولى ، سبق أن قرر ذلك الحكم أن تلك المادة (المادة ١٥٢) يجعلها المسؤولية تمتد الى غير الذى أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥١ من القانون المدنى التى تقصر الالتزام بالتعويض على محدث الضرر ، وأنه بناء على ذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الامتداد الا فى الحدود التى رسمها القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعا من المتبوع أثناء قيامه بالوظيفة •

والواقع أن المسؤولية المقررة بالمادة ١٥٢ ، حتى مع التسليم بأن أساسها خطأ السيد في اختيار تابعه وتقصيره في مراقبته ، فيها خروج على القواعد العامة على الأقل فيما يتعلق منها بوجود اثبات خطأ المسئول . وقد أقر حكم الدائرة المدنية الأخير بأنه كان يمكن الاستغناء عن نص المادة ١٥٢ بعموم نص المادة ١٥١ لو لم يرد الشارع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده . ونرى أن في هذا ما يكفي لاعتبار نص المادة ١٥٢ نصا استثنائيا لا يجوز التوسع في تفسيره .

أما عن المسألة الثانية ، فإن القول بأن أساس مسؤولية السيد خطؤه في اختيار تابعه وفي مراقبته لا يزال محل خلاف . وقد سبق لنا أن استعرضنا تطور هذه الفكرة (راجع مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ وما بعدها) ، ويكفي هنا أن نشير إلى أن أحكاما غير قليلة صدرت من محكمةنا العليا وفيها اعتراف بأن أساس مسؤولية السيد عن فعل تابعه ليس خطأه في اختياره ومراقبته ، من ذلك حكم ١٤ مايو ١٩٤٢ السابق الإشارة إليه حيث يقول « أن هذا الاستثناء ليس له من مسوغ مقبول — على كثرة ما قيل في هذا الصدد — سوى أن شخصية المتبوع تمتد إلى التابع بحيث أنهما يعتبران شخصا واحدا » . (وهذه هي نظرية اتحاد الشخصين *théorie de la confusion* ، راجع كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٣) . وكذلك حكم ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ (القانون والاقتصاد ٧ - ٣ - ٢٦) الذي قضى بمسؤولية السيد القاصر ، بالرغم من عدم بلوغه سن التمييز ، باعتبار أن هذه المسؤولية ان هي الا مسؤولية مقترضة افتراضا قانونيا ، ولا محل للبحث فيها عن اماكن وقوع خطأ من السيد . وقد ورد في مذكرة النيابة العمومية المقدمة في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم « اننا بصدد نوع من المسؤولية لا يعصم منه رشد ولا عقل ولا يفيد في دفعه استشهاد الشخص بحيطة وتبصره ، اذ هي مسؤولية فرضها القانون فرضا وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد إلى ذمة الخادم تأمينا للمضروب

وتيسيرا له في اقتضاء التعويض الذى يستحقه (القانون والاقتصاد
٧ - ٣ - ٣٠ في الهامش) ، وفي هذا المعنى أيضا نقض ٢٥ مايو سنة
١٩٤٢ المحاماة ٢٣ - ٢١٢ - ٩٥ .

وانى أرى أن في كل من الرأيين جانباً من الصواب . فبالقدر الذى
يسأل فيه السيد عما يقع من تابعه ويكون داخلا في ضمن أعمال وظيفة
هذا التابع يمكن اعتبار أساس مسئولية السيد خطأه في اختيار تابعه
وفي مراقبته . ولكن يتعذر ذلك فيما يجاوز هذا القدر ، ويتعين البحث
عن أساس آخر لمسئولية السيد كنظرية اتحاد الشخصين أو نظرية كفالة
السيد للتابع أو نظرية الغرم بالغنم اذا سائرنا محكمة النقض فيما
ذهبت اليه من توسيع مسئولية السيد وشمولها كل خطأ يقع من التابع
في أية صورة من الصور التى يعتبر فيها مجاوزا حدود وظيفته . (أنظر
تعليقاتنا في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٦٠) .

أما عن المسألة الثالثة المتعلقة بمقارنة النصين المصرى والفرنسى
واعتبار الأول أعم من الثانى ، فان ما ذهب اليه محكمة النقض في
حكمها محل هذا التعليق ينقض صراحة ما سبق أن قررته هذه المحكمة
ذاتها في حكم ١٤ مايو ١٩٤٢ السابق الإشارة اليه حيث قالت « ان المادة
١٥٢ من القانون المدنى تقتضى لمساءلة المخدم أن يكون الضرر الذى
أصاب الغير ناشئا عن فعل الخادم في حالة تأدية وظيفته en exerçant
ses fonctions . وهذه العبارة يقابلها في المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى
dans les fonction auxquelles ils les ont employes والعبارتان مؤداهما
واحد ، ولا فرق بينهما الا من حيث ان النص في القانون المصرى قد
لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود » (المحاماة ٢٣ - ٣٨٨ -
١٦٩) .

ومن الواضح أن عدول المحكمة في حكمها محل هذا التعليق عما
قررته في الحكم السابق انما كان توصلا للقول بأن عبارة القانون
المصرى تتسع لمساءلة السيد عن كل الأضرار التى تقع من التابع حال

تأدية وظيفته سواء أكانت ناشئة عن خطأ في أعمال الوظيفة ذاتها أم في أعمال هيأها للخدام قيامه بالوظيفة في الحدود المرسومة من قبل . وقد سبق لى أن استعرضت قضاء محكمتنا العليا فيما يتعلق بمسألة السيد عن غل تابعة لمجرد كون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب الفعل الضار ، وقد استعرضت ذلك في ضوء آراء الشراح وأحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الفرنسية والمحاكم البلجيكية وانتهت من كل ذلك الى أن كون وظيفة التابع هي التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التي يعتمد عليها القاضي في الاستدلال على حصول التجاوز في حدود الوظيفة ، وأنه يجب فيه أن تكون التسهيلات التي هيأتها الوظيفة للتابع بحيث تجعل الخطأ مرتبطا بالوظيفة ارتباطا مباشرا ، أى بحيث لو لم تكن الوظيفة ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار (راجع تعليقاتنا في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ وما بعدها) . ولعل محكمة النقض شعرت في الحكم محل هذا التطبيق بخطورة التعويل — دون قيد — على مجرد كون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب الفعل الضار ، فرأت تنقيح ذلك بأن يكون الخطأ وقع من التابع في أعمال هيأها له قيامه بالوظيفة في الحدود المرسومة من قبل .

أما عن المسألة الرابعة المتعلقة بعدم اقامة أى وزن في مسؤولية السيد للبائع الشخصي الذي يكون قد دفع التابع الى ارتكاب الفعل الضار ، فإن ذلك يتعارض وما سبق أن قضت به محكمة النقض في حكمين صدرا في يوم واحد بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ وفي حكمين آخرين بتاريخ ٢٢ أبريل ١٩٤٠ و ٢٧ يناير ١٩٤١ (راجع تعليقاتنا في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨١ وما بعدها) ، وعندى أن المحكمة كانت تستطيع في هذه الدعوى تفادى الاصطدام بقضائها السابق في هذا الشأن ، إذ أن الباعث الشخصي إنما يقام له وزن عند تعيين مسؤولية السيد في جرائم العمد فقط لا في جرائم الاهمال كما هو الشأن في هذه الدعوى ، هذا فضلا عن أنه حتى في جرائم العمد لا يترتب على الباعث الشخصي الذى دفع التابع الى ارتكاب الفعل الضار نفي مسؤولية السيد الا اذا كان ما وقع

من التابع قد وقع منه أثناء تجاوزه حدود وظيفته — لا أثناء قيامه بعمل داخل في ضمن أعمال وظيفته — وكان الباعث الشخصى هو الدافع الى ارتكاب ذات الفعل الضار لا الى مجرد تجاوز حدود الوظيفة الذى وقع ذلك الفعل في أثناءه (أنظر تعليقاتنا السابقة في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٧ نبذة ١٩) ، فمثلا اذا اختلس السائق عربة سيده ليستعملها في أمر خاص به دون سيده ، ثم ارتكب بها حادثا ، اعتبر مجاوزا حدود وظيفته بدافع شخصى ، ولكن ذلك لا يكفى لرفع المسؤولية عن سيده ، بل يجب النظر الى الحادث الذى أعقب ذلك ، فاذا ثبت وقوع ذلك الحادث باهمال أو عدم انتباه بقى السيد مسئولا ، أما اذا كان السائق قد تمعد وقوع الحادث بدافع الانتقام انتفت مسؤولية السيد . وفي الدعوى التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق جاوز الكونستابل حدود وظيفته بدافع شخصى اذ توجه في أثناء انتدابه بالقاهرة لزيارة أسرة قريبة له ولكن الفعل الضار الذى وقع منه في أثناء هذا التجاوز خطأ باهمال ورعونة كما وصفته محكمة الموضوع فلا محل للبحث فيه عن دافع شخصى .

أما المسألة الخامسة التى استخلصناها من الحكم محل هذا التعليق ، وهى المتعلقة بنفى مسؤولية السيد عن الأضرار التى يسببها تابعه لأشخاص جمعته بهم صلة أساسها صفته الشخصية لا اعتباره تابعا لسيده ، فان قضاء المحكمة بها يطابق ما أجمعت عليه الشراح ، وما سارت عليه المحاكم الفرنسية والبلجيكية ، وان كانت محاكمنا المصرية ، فيما نعلم ، لم تتح لها فرصة تقريره قبل الآن ، فكان لذلك جديرا بالتنبؤ به .

**مسئولية أنسيد عن فعل تابعه . أيشترط فيها تعيين شخص التابع
الذى ارتكب الفعل الضار وحضوره في الدعوى المرفوعة على
السيد (*) ؟**

إذا ثبت أن الفعل الضار لابد أن يكون قد وقع من أحد شخصين
تابعين لمتبوع واحد ، ولم يمكن تعيين أى التابعين هو الذى ارتكب ذلك
الفعل ، أيكفى ذلك لمسألة المتبوع عن هذا الفعل الضار ؟

مسألة عملية ، قل أن تعرض لها الشراح أو تناولتها الأحكام ،
ولكنها عرضت أخيرا على محكمتنا العليا في الصورة الآتية :

ركب شخص احدى سيارات النقل المشترك ، وأراد مغادرتها عند
وقوفها في أحد المواقف المخصصة لذلك ، وبينما هو يهم بمغادرتها
انطلقت السيارة معاودة سيرها ، فسقط الراكب منها وأصيب بإصابات
أفضت الى وفاته .

رغعت النيابة الدعوى العمومية في بادئ الأمر على المحصل ، ولكن
المدعين بالحق المدني أدخلوا فيها السائق أيضا ووجهت اليه تهمة القتل
الخطأ ، ثم توفي السائق في أثناء نظر الدعوى وتنازل المدعون بالحق
المدني عن مقاضاة ورثته . وثبت للمحكمة أن الراكب لم يقع منه أى
خطأ ، وأن الحادثة وقعت اما بخطأ من المحصل اذا كان هذا قد أعطى
السائق اشارة القيام قبل التحقق من نزول الراكب : واما بخطأ السائق
اذا كان هذا قد حرك السيارة دون انتظار الاشارة بذلك من المحصل .
ولأن المحكمة لم تستطع أن تتبين ما اذا كانت معاودة السير بالسيارة
حصلت بناء على اشارة المحصل بذلك أو بدون هذه الاشارة : اعتبرت
الخطأ شائعا ما بين المحصل والسائق ، ولو أن المقطوع به أنه وقع من

أحدهما • وبناء على ذلك قضت بأن التهمة غير ثابتة على أى منهما ، وحكمت ببراءة المحصل ويسقط الدعوى العمومية بالنسبة الى السائق المتوفى ، وألزمت مصلحة النقل المشترك بالتعويض بصفتها المسئولة المدنية عن حادثة وقعت بخطأ موظفيها فى أثناء تأديتهم خدماتهم وبسببها (المادة ١٥٢ مدنى) •

وقد أيدت محكمة النقض ذلك فى حكمها الصادر فى ٢٢ نوفمبر ١٩٤٣ حيث قررت : « ان ما أثبتته الحكم من أن الحادث لايد وأن يكون قد نشأ عن خطأ أحد المتهمين ، الكسارى أو السائق ، وهما تابعان لادارة النقل المشترك الطاعنة ، يؤدى الى مساعلتها مدنيا عن نتيجة هذا الحادث على أساس أنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدماتهم • ولا يحول دون ذلك عدم استطاعة المحكمة تعيين من المخطئ • منهما ، اذ يكفى لمسالة المخدم مدنيا أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ أحد خدمه ، ولو تعذر تعيين المخطئ منهم • وليس فى الزام الطاعنة بالتعويض مع تبرئة الكسارى خروج على القواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن تبرئة الكسارى قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى الى وقوع الحادث • أما مسئولية الطاعنة ، فمؤسسه على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان فى السيارة » (المحاماة ٢٦ - ٣٧٢ - ١٣٧) •

وقد يعترض على ما ذهب اليه هذا الحكم بأن فيه تجاهلا لطبيعة مسئولية السيد باعتبارها مسئولية ثانوية تقوم الى جانب مسئولية التابع الأصلية تسهلا لحصول المصاب على حقه فى التعويض وضمانا له ضد اعسار التابع مما يتعين معه عدم قيام مسئولية السيد مادامت مسئولية التابع غير قائمة (٣٤) ، لأن القول بغير ذلك يؤدى الى الزام السيد بوفاء التعويض دون أن يكون له حق الرجوع على تابعه •

ولكن يرد هذا الاعتراض بأن القانون اذ جعل السيد ملزما بتمويض الغير عن الضرر الناشئ من أفعال خدمته لم يشترط في ذلك قيام مسئولية التابع ولا ثبوت حق السيد في الرجوع على تابعه . واذن يكفي أن يثبت أن الضرر نشأ عن أفعال خدمته في حال تادية وظائفهم ، ولو لم يمكن تعيين الخادم الذى ارتكب الفعل الضار (٣٥) . واذا كان ذلك يؤدي في هذه الحالة الى حرمان السيد من حق الرجوع فان الفرق من الناحية العملية بين هذه الحالة وبين الغالبية الكبرى من الحالات الأخرى ليس كبيرا ، اذ يستوى أن يكون التابع المخطئ لم يمكن تعيينه ، أو أن يكون قد أمكن تعيينه ولكنه مصر .

وكانت مصلحة النقل المشترك في الدعوى محل هذا التعليق قد احتجت بأن السائق بعد وفاته لم يصبح خصما في الدعوى وأصبح متمتعا بالحكم على المصلحة باعتبارها مسئولة عن عمله ، لأن مسئولية المخدم متفرقة عن مسئولية الخادم ومؤسسة عليها فاذا ما استبعدت مسئولية الخادم لأى سبب امتنعت بالتالى مسالة المخدم . فحدث محكمة النقض على ذلك « بأن تنازل المدعين بالحق المدني عن مخاصمة ورثة السائق بعد وفاته لا يحول دون مسالة الطاعة ، اذ لا يشترط لمسالة المخدم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضرا أو ممثلا في الدعوى التى تقام على المخدم ، بل يكفي أن يثبت وقوع خطأ من الخادم يستوجب المسئولية ، وليس في التنازل عن مخاصمة ورثة السائق ما

(٣٥) في هذا المعنى ديموج ج ٥ ص ١١١ نبذة ٩١٦ والاحكام الطويلة التى اثار اليها ، وحكم استئنافي ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ منشور في المحابة ١٠ ص ٥٩٤ قضي بأنه اذا قام نزاع قضائي على ملكية قطران ، فقدم أحد المتنازعين بلاغا ذكر فيه أنه يخشى تبديد خصبه للقطن اذا استمر حائزا له ، فانتزع رجال البوليس القطن من يد المشكو في حقه ثم سلم بعد ذلك لنائب العمدة الذى سلمه بعد مدة لشيخ الخفراء ثم ظهر أن القطن استبدل به نوع آخر منقط الرتبة ، فمعتبر الحكومة مسئولة عن هذا الاستبدال ولو لم يكن في وقائع الدعوى ما يعين على تحديد الموضع الذى حصل فيه الاستبدال ، مادام من المقطوع فيه أنه حدث اما في المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الخفراء .

يفيد استبعاد المسؤولية حتى يمكن أن يترتب على ذلك استبعاد مسؤولية الطاعة » .

وهذا الذى ذهبت اليه محكمة النقض ليس خاصا بالحالة التى يتعذر فيها تعيين التابع الذى وقع منه الخطأ ، بل ينطبق فى جميع الأحوال ، لأن دعوى المصاب قبل المسئول عن الحقوق المدنية دعوى مستقلة تمام الاستقلال عن دعواه قبل الفاعل ، فيجوز للمصاب اذا سلك سبيل المحاكم المدنية أن يباشر احدى الدعويين دون الأخرى ، وان كان الغالب أن من مصلحته أن يجمع بينهما سواء أكان ذلك للاقتصاد فى الاجراءات والنفقات أم كان لتسهيل تحقيق خطأ التابع وثبوته فى مواجهة السيد (أنظر سوردا جزء ٢ نبذة ٩٠٨) .

أما اذا سلك المصاب سبيل المحاكم الجنائية ، فلا تقبل دعواه المدنية ضد السيد الا اذا كانت مرفوعة تبعا لرفع الدعوى العمومية على التابع ، فاذا كانت الدعوى العمومية مرفوعة من النيابة العامة جاز للمدعى المدنى أن يوجه دعواه الى الفاعل وسيده أو الى أيهما دون الآخر . واذا كان تحريك الدعوى العمومية من طريق الجنحة المباشرة ، فحينئذ فقط يصدق القول بأن دعوى المدعى المدنى ضد السيد لا تقبل الا اذا ادعى مدنيا ضد التابع الجانى ، لأن المحكمة الجنائية لا تختص بها الا تبعا للدعوى العمومية ، وهذه لا تقوم — اذا لم تقمها النيابة العمومية — الا بتحريكها من طريق الادعاء مدنيا قبل الجانى (العميد القللى بك فى أصول تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٣٩) .

(د) مسئولية المتبوع بوجه عام (*)

مسئولية المتبوع : اعترفت جرجس عوض الله أفندي ناظر المدرسة الثانوية بسوهاج القيام برحلة مدرسية ، واستعار لذلك سيارة الدكتور بشرى يواقيم ، وفي عشية اليوم المعين للرحلة كلف غطاس عياد سائق سيارة أسعد أفندي كيرلس أن يذهب الى الجراج الذى به سيارة الدكتور بشرى ويجربها ويحضرها الى المنزل ، فترك السائق سيارة مخدومه أسعد كيرلس أمام باب المنزل فى الشارع وذهب الى الجراج فأخرج منه سيارة الدكتور بشرى ثم عرج بها من شارع الى آخر لشحن بطاريتها وفى أثناء ذلك صدم توفيق عبرى خليل فقتله .

رفعت الدعوى العمومية على غطاس عياد لمقابله بالمادة ٢٣٦ ع .
وادعى والد القتيل بالحق المدنى قبله وقبل الدكتور بشرى مالك السيارة وجرجس أفندي عوض الله ناظر المدرسة .

ومحكمة الجنج أدانت المتهم وألزمته بالتضامن مع المدعى عليهما بدفع تعويض للمدعى المدنى ، فاستأنف المتهم والمدعى عليهما حكم التعويض ، والمحكمة الاستئنافية أيدت الحكم فيما يتعلق بالمتهم وناظر المدرسة ، ولكنها ألغته فيما يخص بمالك السيارة بعد أن ثبت لديها أنه لم يرتكب أى خطأ فى تسليم السيارة للمتهم وأنه لم يتدخل فى اختياره حتى يمكن اعتبار السائق تابعا له ، وبعد أن قررت أنه لا تمكن مساءلته باعتباره مالكا للسيارة لأن القانون المصرى لا يعترف بمسئولية المرء عن مخاطر ملكه . وبنت حكما على ناظر المدرسة بالتعويض على أنه هو الذى اختار المتهم وعهد اليه باحضار السيارة ، ولم تأخذ بدفاعه الذى ساقه للتوصل من المسئولية والذى بناء على أن المتهم غطاس عياد

كان وقت الحادثة سائقا عند أسعد كيرلس بل قالت ان هذه الواقعة لا تنفى مسؤوليته هو لأن المتهم كان وقت الحادثة يعمل في خدمته شخصيا لا في خدمة أسعد كيرلس الذي لم يثبت من التحقيق أنه سمح لسائقه بالعمل على السيارة التي صدمت المجنى عليه .

طعن جرجس عوض الله في هذا الحكم بأنه أخطأ في تطبيق القانون اذ اعتبره مسئولا عن فعل المتهم وألزمه معه بالتعويض بموجب المادة ١٥٢ مدنى على اعتبار أن المتهم كان خادما عنده ، في حين أن الواقعة ليس فيها ما يسوغ القول بوجود علاقة التابع بالمتبوع بين السائق والطاعن وذلك (أولا) لأن استعارة السائق كانت مؤقتة ببضع دقائق لتجربة السيارة واحضارها من منزل صاحبها استعدادا للرحلة في اليوم التالى بدليل أن السائق ترك سيارة مخدومه في الشارع ليعود اليها بعد قليل فلا يمكن اعتباره أثناء هذه المدة الوجيزة أنه قد تخلى عن خدمة مخدومه ، كما لا يمكن القول بأن حق التوجيه وحق الرقابة — وهما الأساس في القول بمسؤولية المخدم عن عمل خادمه — انتقلا من مخدم السائق الى الطاعن ، و (ثانيا) لأن تعريض السائق بالسيارة الى حيث أراد شحن البطارية لم يكن داخلا في المأمورية التى كلفه بها الطاعن بل فعله من تلقاء نفسه فلا يكون الطاعن مسئولا عنه .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصادر في ١٥ فبراير ١٩٤٣ في القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضاية (لم ينشر بعد) وقالت في أسباب حكمها :

« وحيث ان قوام علاقة المتبوع بالتابع في مقتضى المادة ١٥٢ مدنى هو ما للمتبوع من سلطة على التابع في توجيهه ورقابته ، فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة وترتبت المسؤولية عن فعل الغير على أساس مساعلة المتبوع عما يقع من التابع ، ولا يهم بعدئذ أطالت مدة قيام هذه السلطة أم قصرت ، اذ العبرة بوجودها غصب ، فان القانون لا يتطلب زيادة عليها لقيام تلك العلاقة .

« وحيث انه متى وجدت العلاقة بين المتبوع والتابع ، فان المتبوع يكون مسئولاً عن تعويض الضرر عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلفه كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذي عهد اليه به ، أو بمناسبة فقط متى كان هذا العمل هو السبب في وقوع الفعل الضار أو هيأ الفرصة لوقوعه بأية طريقة كانت ، فان نص القانون عن هذه المسؤولية في المادة ١٥٢ مدني مطلق عام يسرى على الحالتين . »

« وحيث انه وان كان الحكم المطعون فيه أقام مسائلة الطاعن على أنه هو الذي اختار المتهم ولم يتحدث عن سلطة التوجيه والرقابة التي لا تقوم المسؤولية الا بتوفرها والتي تتضمن بذاتها حق الاختيار . فان من يملك توجيه انسان في أمر من الأمور يكون مختاراً له فيه . وان كان ذلك الا أن الوقائع الثابتة بالحكم تدل بوضوح على أن الطاعن كان له على المتهم سلطة في توجيهه ورقابته فيما يختص بالمأمورية التي كلفه بها بل في اقصائه عنها . ولذلك فانه يكون مسئولاً عن تعويض الضرر عن قتل المجنى عليه ولو أن المأمورية مؤقتة بزمان وجيز أو أن المتهم تابع في الوقت ذاته لمتبوع آخر ولو كان المتهم قد ذهب من تلقاء نفسه لشحن البطارية مادام القانون لم يعين مدة لقيام علاقة المتبوع بالتابع ومادامت علاقة المتهم بمتبوع آخر ليس لها اتصال بالحادث الذي ارتكبه المتهم بسبب المأمورية المكلف بها من قبل الطاعن ومادام شحن البطارية لم يكن الا لمناسبة القيام بالرحلة التي اعترمها الطاعن » .

ونجد فيما قرره محكمةنا العليا ثلاث مسائل جديدة بالتقوية :

- (١) قوام مسؤولية السيد بوجه عام (٢) مسؤولية السيد العرضي
(٣) مدى هذه المسؤولية .

قوام مسؤولية السيد : لم تكلف محكمة النقض بتأسيس مسؤولية السيد على اختياره لتابعه . بل رأت أن الممول عليه في ذلك هو ما يملك السيد من سلطة التوجيه والرقابة على تابعه . واعتبرت أن سلطة

التوجيه والرقابة هذه تتضمن بذاتها حق الاختيار ، لأن من يملك
التوجيه يملك على الأهل الإقضاء .

وقضاء المحكمة بذلك مطابق للاتجاه الحديث في هذا الموضوع .
ولكن أسباب تطبيقه في هذه القضية لا تخلو من قصور . فقديما كان
لاختيار السيد تابعه المقام الأول في تأسيس مسؤوليته ، بل ان دوما
وقد تراءى له أن القانون الروماني كان يبنى هذه المسؤولية في بعض
الحالات على فكرة نيابة التابع عن سيده : وبالتالي على اختيار السيد
لتابعه ، وعم هذه الفكرة وقرر أن المرء يسأل عن كل شخص يعهد اليه
بعمل له (١) .

وقد جراه في ذلك فقهاء القانون الفرنسي القديم واعتبروا هذه
المسؤولية من شأنها أن تحفز المخدم على اليقظة في اختيار خدمه (٢) .
وقال بهذه الفكرة بعض واضعي قانون نابليون في الأعمال
التحضيرية (٣) . وقد رأى فيها بعض المتقدمين من شراح هذا القانون
الأساس الوحيد لهذه المسؤولية (٤) ، بل منهم من صرح بأن هذه
المسؤولية لا يصح أن تبنى على واجب السيد في رقابة تابعه (٥) .
وخالفهم في ذلك فريق آخر رأوا أن مجرد اختيار التابع لا يكفي لجعل
السيد مسئولا عنه ، ولابد أن يكون على السيد واجب رقابة تابعه
وتوجيهه (٦) ، بل منهم من اكتفى بهذا الواجب الأخير ولو لم يكن هناك

(١) دوما les lois civiles 'xv' titre ٥

Bourjorn le Droit commun de la franse : أنظر (٢)

livre v1, titre III ch. 1 pothier tome II, p. 50 No 131

وبهجت بدوى ص ١٣ .

(٣) أنظر ملزو نبذة ١٣٠ .

(٤) هيك ج ٨ ص ٥٣٩ ، بودرى ج ٣ نبذة ٢٩١١ ، لوران ج ٢٠

ص ٦١٦ ، ديمولوب ج ٢١ ص ٥٣٠ — ٥٣٣ ، كوليه دى سكتير ج ٥

ص ٦٦٣ .

(٥) أنظر المرجعين الاخيرين من الهامش السابق .

(٦) سورد ج ٢ ص ١٢٢ نبذة ٨٨٥ ، لارومبيير ج ٨ المادة ١٢٨٤ =

اختيار (٧) • وهؤلاء جميعا متفقون على اعتبار أساس مسؤولية السيد الخطأ المفترض سواء كان ذلك في الاختيار أو في الرقابة أو فيهما معا •

غير أن هذا الاعتبار يصطدم مع ما هو مقرر من أن السيد لا يجوز نه دفع مسؤوليته بنفى الخطأ عن نفسه • لذلك يرى كثير من الشراح الحديثين أن هذه المسؤولية ليس أساسها الخطأ المفترض ، وإنما هو مبدأ تحمل التبعة أو مبدأ ضرورة الضمان ، ويعتبرون توافر علاقة التبعية شرطا لقيام هذه المسؤولية لا أساسا لها (٨) ، وقد غالى بعضهم في فهم هذه التبعية لما كفى بالتبعية الاقتصادية ، ناظرا في ذلك الى إعادة السيد من نشاط تابعه (٩) ، ولكن الرأي الغالب يقف عند حد التبعية القانونية التي تقوم على ثبوت حق الرقابة والتوجيه ، فيجمل مقابل هذا الحق واجب تحمل التبعة أو الضمان • ثم لوحظ أن اشتراط ثبوت هذا الحق من شأنه أن يقصر علاقة التبعية ومسؤولية السيد على الحالات التي تكون فيها بين السيد والتابع رابطة قانونية منشئة لهذا الحق ، فرؤى الاكتفاء بأن تكون للسيد سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه أيا كان منشأ هذه السلطة ، عقدا أو غير عقد ، ولو لم يكن للسيد حق اختيار تابعه (١٠) •

= نبذة ٨ ، اوبري ورو: الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٢٨٦ ، ريبير في المجلة الانتقائية ١٩١١ ص ١٤٣ ، أسبلان في ذات المجلة ١٩٢٤ ص ١٩ وما بعدها ، روتسارث ص ١٢٨ •

sainctellette De la responsabilité et de la garantie (٧)

لأو ٢٤٧ ، سافاتييه ج ١ نبذة ٢٩١ •

(٨) راجع بيان هؤلاء الشراح في رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٢١ ، وروتسارث ص ١١٩ هابشر ١ • بسطوروس المادة ٢١٤ نبذة ٤ و ٥ •

(٩) سافاتييه في دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ ، ويبسون في دالوز ١٩٢٨ — ١٢ — ١٣ ، و loup في دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ٩٧ الفقرة الثانية ؛ Dallant في دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٧١ وفي رسالته ص ٨٧ •

(١٠) انظر فيوج ج ٥ نبذة ٨٨٦ ، جيسران ج ٢ نبذة ٥١٠ ، ص ٤٣ وما بعدها • لالو الطبعة الثانية نبذة ١٠٢٣ •

والظاهر من أحكام المحاكم الفرنسية أنها بدأت باشتراط اختيار السيد لتابعه اختياراً حراً ، ثم خففت من تشدها في حرية هذا الاختيار ، فاعتبرت شرط الاختيار متوافراً ولو كان السيد مقيداً في اختيار تابعه من بين عدد معين من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة ، أو كان قد اقتصر على أن يطلب من جهة الإدارة أن تنجب له جندياً يقوم بحراسة منشأته . ثم تدرجت المحاكم من ذلك إلى اغفال شرط الاختيار شيئاً فشيئاً وإلى إبراز أهمية شرط التبعية (١١) ، ثم إلى ادماج شرط الاختيار في شرط التبعية باعتبار أن سلطة الرقابة والتوجيه تتضمن سلطة العزل والاقتضاء .

وقد أصبح من المحقق أن المحاكم الفرنسية لم تعد ترتب مسؤولية السيد على مجرد اختياره لتابعه (١٢) ، ويبدو أن المحاكم البلجيكية لازالت تعتبر شرط الاختيار في المقام الأول من أساس مسؤولية السيد (١٣) .

أما أحكام المحاكم المصرية ، فنلاحظ فيها مثل التطور الذي حصل في أحكام المحاكم الفرنسية ، فمنها ما قضى بأن أساس مسؤولية السيد افتراض خطئه في اختيار تابعه (١٤) ، ومنها ما بنى هذه المسؤولية على

(١١) وفي هذا يقول لازو (في نبذة ١٨٨) :

De moins en moins soins souvent , la condition du choix se trouve rappelée par les arrêts Il n'est pas douteux qu'ils tendent à la faire disparaître , au moins à l'absorber dans la deuxième condition exigée pour qu'il y ait rapport de préposition: la subordination

وفي هذا المعنى أيضاً بيشو من ١٢٦ وروتسلترت ص ١٢٥ ، ولاو نبذة ٤٨٩ .

(١٢) انظر استئناف باريس ١٤ مارس ١٩٣٠ دالوز الاسيومي ١٩٣٠

— ٣٧٣ .

(١٣) نقض بلجيكي ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازيركزى ١٩٢٨ — ١ — ١٣٣ .

(١٤) استئناف مختلط ٣ مايو ١٩١٧ (٢٩ — ٢٠٤) ٧٠ مايو ١٩٢٥

الغازيت ١٧ — ٨ — ٦ (٣٧ — ٤١٥) ١٤ مارس ١٩٣٥ (٤٧ — ١٩٧)

وقد حكم تطبيقاً لذلك بعدم توافر علاقة التبعية بين الحكومة وجنودها =

اقتراض خطأ السيد في اختيار تابعه أو في رقابته (١٥) ، ومنها ما قرر أن هذه المسؤولية لا تقوم قانونا الا على مخطئ خطأ السيد في اختيار خادمه وفي مراقبته اياه (١٦) .

وبناء على ذلك قضى بأن مسؤولية السيد لا تقوم على مجرد اختيار تابعه ، بل لابد فيها من توافر عازقة التبعية التي تجعل للسيد أن يسيطر على أعمال التابع ، فيسره كيف شاء بما يصدر اليه من الأوامر والتعليمات ، فمالك المنزل لا يسأل عن عمل الصانع الذي استأجره لعمل معين مادام لم يتدخل في هذا العمل (١٧) ، ومن هذا القبيل أيضا الأحكام العديدة التي قضت بأن الحكومة وأصحاب الأملاك وأرباب الأعمال لا يسألون عن أعمال المقاولين الذين يختارونهم ويعهدون اليهم ببعض الأعمال ما لم يحتفظوا لأنفسهم بالسلطة الفعلية في رقابة هؤلاء المقاولين وتوجيههم في طريقة تنفيذ تلك الأعمال (١٨) . وكذلك ما قضى به من أن اختيار ادارة المستشفى للطبيب لا يكفي لمسؤولية

= استنادا الى ان الخدمة العسكرية واجب على كل مصرى وليس للحكومة حرية في اختيار الجنود (استثنائات اسبوط ٢٤/١/١٩٢٨ المحللة ٨ - ٥٧ - ٢٣٢) .

(١٥) نقض جنائى ٦ نوفمبر ١٩٢٩ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ - ٢٣ - ١٣ .

(١٦) نقض جنائى ٢٧ مارس ١٩٢٠ مجموعة القواعد الجنائية ٢ ص ٦ رقم ١٤ ، ٧ نوفمبر ١٩٣٢ ذات المجموعة ٢ ص ١ رقم ١ ، ٨ نوفمبر ١٩٢٧ ذات المجموعة ٤ ص ٦٠ رقم ١٠٦ ، واستثنائات اسبوط ٢٠ يونيو ١٩٢٧ المحللة ٨ - ٥٠ - ٢٧ ، مصر الابتدائية الاهلية ١٨ أكتوبر ١٩٢٦ المحللة ٧ - ٢٢٠ - ١٥٨ .

(١٧) نقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحللة ٢٠ - ٣٦١ - ٢٩١ المجموعة ١ - ٢٦٨ - ١٠٣ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٠ - ٣٧ - ١٢ .

(١٨) نقض ١٧ ابريل ١٩٤١ المحللة ٢٢ - ٧٣ - ٣٩ ، المجموعة ٤٢ - ٥١٣ - ٢٦٢ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٩٤١ - ٣ - ٣٢ ، نقض

٣ نوفمبر ١٩٣٨ ملحق القانون والاقتصاد ٩ - ٢٥ - ٦ المحللة ١٩ - ٦٦٨ - ٢٧٤ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٤٢١ - ١٤٠ ، مصر الابتدائية

الاهلية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المحللة ٧ - ٥٨٤ - ٢٨٩ ، ٨ يونيو ١٩٢٧ المحللة ٨ - ٥٩ - ٣٣ .

المستشفى اذ لا سلطة للإدارة على الطبيب في أداء عمله الفني (١٩) .
ومن جهة أخرى تساهلت المحاكم في اعتبار شرط الاختيار متوافرا
استفاء منها بالتشدد في شرط التبعية (٢٠) ، ثم وصلت الى حد التمويل
على شرط التبعية وحده دون اهتمام بشرط الاختيار ، فقررت أن
مسئولية المتبوع انما تقوم على ما للسيد من حق اصدار أوامر وتعليمات
الى تابعه والتمكن من ملاحظته في تنفيذ ما عهد اليه به (٢١) ، بل شددت
بعض الأحكام في ضرورة خضوع التابع لهذه الأوامر والتعليمات خضوعا
تاماً لا يترك له أى استقلال في طريقة تنفيذ المأمورية التي عهد بها
اليه (٢٢) .

-
- (١٩) مصر الاهلية ٤ فبراير ١٩٣٥ المحللة ١٦ — ١٨٩ — ٨٤ .
(٢٠) نقض مدني ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ —
٢٦ ، ٢٥ مايو ١٩٤٢ المحللة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ ، استئناف مخطط ٢٨
فبراير ١٩٣٥ (٤٧ — ١٧٥) ، الواسطي الجزئية ٢٨ فبراير ١٩٣٨ المحللة
١٨ — ١٠٩٦ — ٤٧٦ .
(٢١) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ المحللة ٢٣ — ٢٨٧ — ١٦٩ ، وانظر
ايضا اللبان الجزئية ١٣ مايو ١٩٤٠ :مجموعة ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩ ، المنيا
الجزئية ٢٦ مايو ١٩٤٢ المحللة ٢٢ — ٥٤٤ — ١٨٩ ، استئناف ٢٩ أكتوبر
١٩٤٥ المحللة ٢٦ — ٦٥٣ — ٢٤٥ ، وايضا في هذا المعنى نقض مدني ٩
مايو ١٩٦٣ . وقد قرر ان علاقة التبعية تتوافر بتوافر عنصر الرقابة .
(٢٢) استئناف مخطط ٤ فبراير ١٩٣٧ (٤٩ — ٩٥) .
وقررت محكمة النقض في ١٨/١٠/١٩٤٩ انه اذا كانت المحكمة قد ثبت
لديها للأسباب التي ذكرتها والتي من شأنها أن تؤدي الى ما رتبته عليها من
أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة
الامر والنهي ولو لم يكن هو مالك السيارة ، فإن الحكم بالزام الطاعن
بالتعويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحا (المحللة ٣٠ —
٤٢٢ — ٢٢٧) .
وبضاف أيضا في هذا المعنى نقض مدني ٩ مايو ١٩٦٣ المحللة ٤٠
ص ٧٢٦ ونقض مدني ٢٠ يونيو ١٩٦٣ :مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٨٨٨ —
١٢٦ ، نقض فرنسي ٢٧ فبراير ١٩٦٨ جوريسكلامير الدوري ١٩٦٩ ،
الفهرس القانوني Table juridique ص ٤٦ .
نقض مدني فرنسي ٤ نوفمبر ١٩٦٤ المجلة الفصلية للقانون المدني سنة
١٩٦٥ ص ٦٥٣ نبذة ٧ .
ونقض مدني ١٠/٤/١٩٦٢ :مجموعة أحكام النقض ١٤ — ١٧٤ —
١٣٦ . وقد أوضحت محكمة النقض في حكم آخر لها ان علاقة التبعية تقوم =

وتمشيا مع هذا الاتجاه الأخير ، وجدت محكمة النقض في القضية موضوع هذا التعليق أن المحكمة الاستئنافية اذ بنت مسئولية ناظر المدرسة على مجرد اختياره للسائق وتكليفه احضار السيارة لم تدعم حكمها تدعيما كافيا ، اذ كان يجب أن تبين أن الناظر كانت له سلطة التوجيه والرقابة على ذلك السائق . وكان هذا القصور يكفي لقبول الطعن ، لولا ما تبينته محكمة النقض من أن الوقائع الثابتة بالحكم تدل على أن الطاعن كانت له على المتهم سلطة في توجيهه ورعايته فيما يختص بالأمورية التي كلفه بها بل في اقتضائه عنها ، فاحتفت بذلك ورفضت الطعن .

ونحن يهمننا أن نسجل لمحكمة النقض تقريرها عدم الاكتفاء في مسئولية السيد بمجرد اختياره لتابعه ، وابرازها أهمية سلطة التوجيه والرقابة ، وتقليلها من شأن الاختيار ، ومحاولة ادماجه في تلك السلطة .

ولكننا كنا نود لو أن المحكمة لم تكلف في اثبات سلطة التوجيه والرقابة بمجرد الإشارة الى الوقائع الثابتة بالحكم المظنون فيه ، وبينت لنا أى هذه الوقائع هي التي دلتها بوضوح على ثبوت تلك السلطة لناظر المدرسة على السائق الذي لا نعلم عنه الا أنه اختاره وكلفه احضار السيارة ، كما يكلف أى شخص عاملا جوالا بأداء مأمورية بسيطة له

= أيضا بين شخصين يملك أحدهما سلطة توجيه الآخر ورقابته في أداء عمل معين ولو لم يملك اختياره أو تعيينه ولو لم تكن عليه السلطة الإدارية التي تخوله موجزاته أو مكلفاته بما في ذلك سلطة الترقية والتأديب (نقض مدني ٢٦ أبريل ١٩٦٢ في الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٦ ق المحللة ٤٢ ص ٥٥٩) .
وتطبيقا لذلك قضت بأن الناظر ومدرسي المدارس الحرة الخاضعة لرقابة وزارة التربية والتعليم وتفتيشها يتبعون تابعين لهذه الوزارة وهي متنوعة لهم بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدني (نقض مدني ٩ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٦٦٢ — ٩٤ ، وانظر أحكام أخرى كثيرة ، السنهوري الوسيط ج ١ ، ط ٣ ، سنة ١٩٨١ نبذة ٦٧٩ ص ١٤٢٦ وما بعدها . وانظر أيضا للؤلف المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ج ٢ سنة ١٩٦٠ ص ٤٥ وما بعدها .

مما يدخل في صناعة ذلك العامل . إذ أنه من المسلم به في هذه الحالة الأخيرة أن رب العمل لا يسأل عما يقع من الصانع أو المقاول من أضرار بالغير .

ولعل المحكمة تأثرت . في ذلك بكون المتهم ليس شخصا مستقلا ، بل تابعا في الأصل لأسعد كيرلس ، وبأنه وهو في هذه الحالة من التبعية ارتكب الحادث الضار الذي وقع منه في أثناء قيامه بالأمورية التي كلفه بها جرجس عوض الله لحسابه الخاص : فرأت مسائلة هذا الأخير عن الحادث باعتباره سيذا عرضيا حتى لا تقع مسؤوليته على أسعد كيرلس المتبوع الأصلي . فهل يغير هذا حقيقة من وجه المسألة ؟

مسؤولية السيد العرضي (*) : أجمعت الشراح والمحاكم على أن الشخص الذي يستخدم تابعا لغيره في عمل له يسأل عما يقع من هذا التابع في أثناء خدمته له إذا كانت له عليه سلطة التوجيه والرقابة ، وبعبارة أخرى إذا أمكن اعتباره سيذا عرضيا *commettant d'occasion* لهذا التابع (٢٣) ، كما أجمعت على أن العامل لا يعتبر تابعا لسيدتين في وقت واحد الا اذا كان يقوم بعمل لمصلتهما المشتركة (٢٤) . أما في غير ذلك من الأحوال فاما أن يكون تابعا لسيدة الأصلى اذا احتفظ هذا عليه بسلطة التوجيه والرقابة . واما أن يعتبر تابعا لسيدة العرضى اذا انتقلت الى هذا الأخير تلك السلطة .

فمسائلة الشخص باعتباره سيذا عرضيا لا تخرج عن القواعد المتعلقة بمسؤولية السيد عموما . ولا تغنى عن البحث في توافر سلطة

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد من ١٥ عدد نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٤٥ من ٥٩٢ وما بعدها .
(٢٣) مازو نبذة ٩٠ ، ديموج ج ٥ نبذة ٩٠٨ ، بلاتويل وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٦٤٩ ، جاردنيا وريتشى ص ٤٤١ نبذة ١٠٦ ، دالان من ١١٥ ، لالو الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٢ ، سافاتييه في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٧ .
(٢٤) ديموج ج ٥ نبذة ٩٠٨ و ٩٠٩ ، سافاتييه ج ١ نبذة ٣١٣ .

التوجيه والرقابة • ولكن الواقع أن الجزم بانتقال هذه السلطة من السيد الأصلي الى من يراد اعتباره سيدا عرضيا ليس أمرا يسيرا ، وقد تضاربت بشأنه أحكام المحاكم في الحالات المشابهة (٢٥) .

ونكتفى بضرب أمثلة على ذلك من الأحكام الصادرة بشأن سائقى العربات والسيارات • فقد حكم بأنه اذا أعار شخص الى آخر سائق عربته وخيله فإن المعار اليه يعتبر سيدا عرضيا للسائق (٢٦) ، وبأنه اذا وضعت شركة سيارات سائقا تحت تصرف صاحب جراج ليقوم بعمل معين • فإن صاحب الجراج يعتبر سيدا عرضيا لذلك السائق (٢٧) .

وبالعكس من ذلك حكم بأن مالك السيارة الذى يستأجر سائقا من صاحب جراج لا يعتبر سيدا ولو عرضيا لهذا السائق (٢٨) • ولا يغير من ذلك أن يكون مالك السيارة ظل ممسكا بمجلة قيادة السيارة في الوقت الذى اضطلع فيه السائق بقيادة جسارة ربطت بها السيارة (٢٩) ، وأن مالك العربة اذا أجراها مع سائقها الى شخص آخر يمكن اعتباره أنه مازال هو سيد ذلك السائق (٣٠) • وأن صاحب الجراج

-
- (٢٥) انظر الاحكام العديدة التى اشار اليها ديوج ج ٥ نبذة ٩٠٨ فى هامش ص ١٠٢ •
- (٢٦) نقض فرنسى ٢٦ يناير ١٩٠١ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ١٥٧ ، نقض فرنسى (مدنى) ١٥ يونيو ١٩٢٦ دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ٤٠٤ • وانظر نقض مصرى جنائى ٨ يناير ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ — ١٨٥ — ١٤٧ •
- (٢٧) بروكسيل التجارية ٧ ديسمبر ١٩٢٢ مجلة التالين والمسئولية ١٩٢٣ نبذة ١٣٧٥ •
- (٢٨) استئناف دوبيه ٢٧ فبراير ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٠ مايو ١٩٣٠ ، نقض فرنسى (مدنى) ٣٠ ديسمبر ١٩٣١ سبرى ١٩٣٢ — ١ — ٦٢ ، (جنائى) ٢١ نوفمبر ١٩٣٤ دالوز الاسبوعى ١٩٣٥ — ١٦٦ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٢ •
- (٢٩) استئناف رين Rennes ٧ نوفمبر ١٩٢٣ Bull-Ass. ١٩٢٤ — ٥٢٧ ، روتسارتر ص ٢٨٤ •
- (٣٠) نقض بلجيكى ١٥ ديسمبر ١٩٢٤ بلزيريزى ١٩٢٥ — ١ — ٧٥ •

يظل مسؤولا عما يقع من عماله عند تجربتهم السيارات التي أصلحوها بالرغم من اعلانه عملاء بأنه يخلى نفسه من كل مسؤولية فيما يتعلق بتكليف عماله تجربة السيارات خارج الجراج (٣١) • وقد حدثت رغبة التوفيق بين هذه الأحكام بعض الشراح الى التعويل على الصفة الفنية لعمل السائق ، فقالوا ان هذا يعتبر خاضعا لسلطة سيده الأصلي فيما يتعلق بالقسم الفني من عمله وتابعا لسيده العرضي فيما عدا ذلك (٣٢) • ويؤخذ على هذا الرأي صعوبة وضع حد فاصل لما يعتبر خطأ فنيا وما لا يعتبر كذلك ، فضلا عن أنه يجعل التابع خاضعا لسيدين في وقت واحد وبالنسبة الى العمل الواحد دون أن يكون هذا العمل في مصلحتهما المشتركة (٣٣) •

وقد حاول بعض الشراح أن يستنبطوا قاعدة يعول عليها في تقرير انتقال سلطة التوجيه من السيد الأصلي الى سيد عرضي • ولكنهم اضطروا الى التسليم بأن هذه المسألة تعتبر من الوقائع المتروكة تقديرها الى محكمة الموضوع (٣٤) واكتفوا باستنباط بعض الضوابط التي تعول عليها المحاكم في هذا التقدير •

نقال بعضهم بالرجوع الى الاتفاق السذي وضع السيد الأصلي بمقتضاه تابعه تحت تصرف الشخص الآخر لتبين نية الطرفين في نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثاني (٣٥) • أما حيث لا يمكن استخلاص هذه النية من اتفاق الطرفين ، فيقول الأستاذ ساغاتييه ان المحاكم

(٣١) Liège ٢٠ سبتمبر ١٩٢٣. Buil.Ass. ١٩٢٣ — ١٠١ •
(٣٢) انظر بلانيول في دالوز ١٨٩٢ — ٢ — ٤٦٥ ، ولالو في الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٥ ، ومازو نبذة ١٠١ ونقض فرنسي جنائي ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ وغازيت القضاء ١٩٢٥ — ١ — ٢٥٣ •
(٣٣) انظر بيرسون ودي فيليه ج ١ ص ٢٨٣ •
(٣٤) بيرسون ودي فيليه ج ١ ص ٢٨٨ ، مازو نبذة ١٠١ •
(٣٥) ساغاتييه ج ١ نبذة ٣١٦ وتعلق في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٢١ ، روتسشرت ص ١٣١ •

عولت على أربعة ظروف من الوقائع جعلت كل واحد منها كافيا لاعتبار السيد الأصلي محتفظا بسلطة التوجيه على تابعه بالرغم من وضعه تحت تصرف شخص آخر . وهذه الظروف هي : (١) أن تكون اعادة التابع مصحوبة باعادة أشياء مهمة . كما اذا أعار شخص الى آخر سائقه وعربته معا ، (٢) أن تكون مأموينة التابع مأموينة خفية ليس للغير المأم بدقائقها ، كما اذا أجر صاحب جراح سائقا الى مالك سيارة ، (٣) أن يتقاضى السيد الأصلي أجرا مرتفعا عن وضع تابعه تحت تصرف الشخص الآخر ، فيعتبر ارتفاع الأجر قرينة على اضطلاع السيد الأصلي بواجب الرقابة والتوجيه ، (٤) أن تكون مدة وضع التابع تحت تصرف الغير مدة وجيزة اذا لو طاللت هذه المدة أمكن اعتبار ذلك قرينة على أن السيد الأصلي تخلى عن سلطته على تابعه ، وأن الغير أصبح سيدا عرضيا لهذا التابع (٣٦) .

فاذا نظرنا في القضية موضوع هذا التعليق على ضوء هذه الضوابط ، وجدنا أنه لم يثبت أن أسعد كيرلس وضع سائقه تحت تصرف ناظر المدرسة ، فليس ثمة أى اتفاق بين السيد الأصلي والسيد العرضي حتى يمكن أن نستخلص منه نية الطرفين في نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثاني ، بل الثابت أن السائق هو الذى وضع نفسه — بناء على طلب ناظر المدرسة — تحت تصرف هذا الأخير . وذلك في أثناء قيامه بعمله عند سيده الأصلي بدليل تركه سيارة هذا السيد أمام منزله . أغيمكن أن يقال أن الناظر قد استولى من تلقاء نفسه على سلطة توجيه السائق بمجرد اختياره اياه وتكليفه احضار السيارة فأصبح بذلك سيدا عرضيا له . لا نظن ذلك ممكنا (أولا) لأن هذا القول يجعل للسائق سيدين في وقت واحد دون أن يكون العمل الذى كان يقوم به وقت الحادث في مصلحة كليهما المشتركة ، و (ثانيا) لأنه لا يكفى أن يكلف المرء شخصا بعمل معين (أى بتحقيق غاية معينة) حتى يعتبر سيدا له

مستؤلا عنه اذا لم يكن يملك سلطة توجيهه في طريقة تنفيذ ذلك العمل أو تحقيق تلك الغاية . وليس في وقائع القضية ما يدل على شيء سوى أن ناظر المدرسة كلف السائق المتهم باحضار السيارة وأنه لم يكن يملك اعطائه أية تعليمات في طريقة تنفيذ ذلك ، و (ثالثا) لأن مدة المأمورية التي قام السائق بها لحساب الناظر مدة وجيزة لا تسمح بالقول بأن سلطة سيده الأصلي في أثنائها قد زالت عنه وانتقلت الى الناظر ، هذا فضلا عن الطبيعة الفنية لهذه المأمورية مما يستبعد معه أن ناظر مدرسة يصبح — بمجرد استخدامه سائقا في احضار سيارة من مكان قريب — سيدا عرضيا لذلك السائق .

لذلك قلنا اننا كنا نود لو أن محكمة النقض بينت لنا أى الوقائع — التي أشارت اليها — هي التي دلتها بوضوح على تواغر سلطة الرقابة والتوجيه لناظر المدرسة على السائق الذي كلفه باحضار السيارة (٣٧) .

مدى مسؤولية السيد : ردت المحكمة على تمسك الطاعن بأن تعريض السائق بالسيارة الى حيث أراد شحن البطارية لم يكن داخلا في المأمورية التي كلفه بها الطاعن بل فعله من تلقاء نفسه فلا يكون الطاعن مستؤلا عنه بقولها ان المتبوع يكون مستؤلا عن تعويض الضرر الناشئ عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلما كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذي عهد اليه به ، أو بمناسبته فقط متى كان هذا العمل هو الذي سهل وقوع الفعل الضار أو هيأ الفرصة لوقوعه بأيّة طريقة كانت ، اذ أن نص القانون عن هذه المسؤولية في المادة ١٥٢ مدنى مطلق عام يسرى على الحالتين .

وقضاء المحكمة بذلك فيما يتعلق بما يقع من التابع بمناسبة وظيفته فيه توسيع لمسؤولية السيد ، وهو يطابق ما قررتة المحكمة في عدة أحكام سبق لنا تحليلها ونقدها في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٥٥

وما بعدها وعلى الأخص ص ١٦٩ - ١٧٦ ، حيث بينا أنه كثيرا ما يقع أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا تترتب على عمله مسؤولية السيد إذا كان في وسع التابع أن يحصل على الوسيلة التي سهلت له ارتكاب ذلك الفعل من غير طريق الوظيفة (٣٨) .

على أن وقائع هذه القضية يستفاد منها أن تعريض السائق للبطارية يعتبر عملا متما للأمرية الأصلية . أو على الأكثر يعتبر تزييدا من السائق قام به لمصلحة سيده العرضي - إذا سلمنا له بهذه الصفة - ومن شأن التزديد في أداء عمل من أعمال الوظيفة أن يمد حدود الوظيفة إلى أبعد من دائرتها الطبيعية وأن يجعل السيد مسئولا عما يرتكبه التابع أثناءه (أنظر تعليقنا المشار إليه آنفا ص ١٧٨ و ص ١٧٩) .

مسؤولية السيد عن تجاوز تابعه حدود وظيفته (*) - كلف شخص خادمه أن يستدعي عاملا لإصلاح سيارته المودعة في جراج عمومي ، وترك مفتاح السيارة فيها لهذا الغرض ، وسلمه بطاقة يشترى بها بنزيناً من محل معين ، فأحضر الخادم عاملا ميكانيكيا ، واتضح للعامل

(٣٨) يراجع في ذلك مؤلفنا في المسؤولية ادنية في تقنينات البلاد العربية ج ٢ سنة ١٩٦٠ نبذة ١٣٣ ص ٦٢ وما بعدها . وأيضاً السنهوري الوسيط ج ١ ط ٣ نبذة ٦٨٠ وما بعدها ص ١٤٣٥ وما بعدها .
(٣٨) لم يبق لنا إلا احتمال أن تكون المحكمة قد تأثرت فيها قضت به بظرف وقوع الحادث الضار أثناء قيام السائق بعمل صلحة ناظر المدرسة ، تمشياً في ذلك مع نظرية تحمل التبعة التي تجعل مسؤولية السيد غراماً عليه يقابل الغرم الذي يعود عليه من نشاط التابع وتكتفي في ذلك بالتبعية الاقتصادية .

ولكن إباديء التي قررتها المحكمة في حكمها ، وعدم اكتراثها بشرط الاختيار الذي بنت عليه المحكمة الاستثنائية حكمها ، وأبرز أهمية شرط التوجيه والرقابة إلى حد إهمال شرط الاختيار فيه ، كل ذلك ينبغي أن تكون المحكمة قد قصت الاكتفاء بفكرة التبعة الاقتصادية ، وأن كان لا ينبغي إمكان تأثر احكمة في شعورها بالعدالة بهذه الفكرة وبذلك الظرف ، وخصوصاً أن محكمة النقض في إثباتها توافر سلطة التوجيه والرقابة هذه قد أحلت نفسها محل محكمة الموضوع في تقديرها .

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد نوفمبر سنة

١٩٣٧ ص ١٥٤٠ .

أن ليس في السيارة عيب وأن الذي ينقصها البنزين ، فاشتري الخادم
بنزيننا وخرج بالسيارة يبحث عن سيده . وفي أثناء الطريق تسبب
بخطئه في إصابة شخص ، فحكم عليه جنائيا وعلى سيده معه بالتعويض ،
وقالت محكمة الجنايات في ذلك « أن ارتكاب التابع للجريمة متجاوزا
حدود وظيفته أو بمناسبة تلك الوظيفة فقط ولو كان في غير أثناء تأديتها
بالذات يجعل المخدم مسئولا مدنيا » . ومحكمة النقض قررت « أن
هذا الذي أثبتته الحكم فيما يتعلق بمسؤولية الطاعن (السيد) عن خطأ
تابعه ولو تجاوز التابع حدود وظيفته صحيح قانونا لأن وظيفة هذا
التابع هي التي هيأت له اتیان ما أتى من الخطأ » (نقض جنائي ٢٢
مارس ١٩٣٧ الحاماة ١٧ - ٩٩٥ - ٥١٣) .

ويلاحظ أن القانون لم ينص في المادة ١٥٢/٢١٤ مدني الا على
الأعمال التي تقع من الخدم في حال تأدية وظائفهم en exerçant
leurs fonctions ، وهذا النص لا يختلف كثيرا في معناه عن نص
القانون الفرنسي في المادة ١٣٨٤ حيث ورد فيها :
les maitres et les commettants (sont responsables) du dommage
cause par leurs domestiques et pré posés dans les fonctions
auxquelles ils les ont employés.

ويعتبر عمل التابع أنه داخل في ضمن أعمال وظيفته كلما كانت
وظيفته تشمل عادة القيام بمثل هذا الفعل . ومن المسلم به أن يضاف
الى ذلك كل تجاوز لحدود الوظيفة ، وهو كل خطأ في طريقة تنفيذ العمل
الداخل في الوظيفة (راجع بهجت بدوي في مسؤولية السيد ص ١٦٩
و ص ١٧٠ ، سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٤٠٢ وما
بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ٤٣٣ وما بعدها) .

غير أن المحاكم الفرنسية لم تقتصر على ذلك ، بل قررت أولا
مسئولية السيد عن أعمال تابعه التي يرتكبها بمناسبة قيامه بوظيفته ،
ثم ذهبت الى حد تقرره هذه المسؤولية عن الأعمال التي يرتكبها التابع

في أثناء قيامه بوظيفته وفي المكان المعين لذلك ولو لم يكن بين تلك الأعمال ووظيفة التابع أية علاقة سببية . (أنظر المرجعين السابقين) .

وقد انتقد الدكتور بهجت بدوى خطة المحاكم الفرنسية في هذا التوسع ، ورأى أنه يجب التعويل في ذلك على التفسير الدقيق لعبارة المادة ١٣٨٤ فقرة ثالثة ، فيشترط أن يكون خطأ التابع داخلا بطبيعته في ضمن أعمال وظيفته وأن يكون قد ارتكبه بصفته تابعا أو خادما ، أى ألا يكون ارتكابه لذلك الخطأ خارجا عن العمل المكلف به . فإذا كان في ذلك الخطأ تجاوز لحدود الوظيفة لم يكن ذلك يمانع قيام مسؤولية السيد ، أما كون الخطأ وقع بمناسبة القيام بالوظيفة ، أو في أثناء القيام بها وفي المكان المعين لذلك فلا أهمية له (بهجت بدوى ص ١٦٦) .

وقد اتبعت هذا الرأي محكمة النقض المصرية في حكمين صادرين بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ فقررت أن مسؤولية أنسبد عن عمل التابع لا محل لها الا اذا كان الخطأ المستوجب للتعويض قد وقع من التابع حال تأدية وظيفته *en exerçant ses fonctions* كما تقضى المادة ١٥٢ من القانون المدنى (المحاماة ١٤ - ١ ص ٤ و ٥ رقم ٣ و ٤) .

غزاء ذلك ، على أى وجه يمكن أن تحمل عبارة محكمة الجنايات في الحكم موضوع هذا التعليق التي عولت على ارتكاب التابع للجريمة متجاوزا حدود وظيفته أو « بمناسبة تلك الوظيفة فقط ولو كان في غير أثناء تأديتها بالذات » ، وبعبارة محكمة النقض التي عللت مسؤولية السيد « بأن وظيفة التابع هي التي هيأت له اتيان ما أتى من الخطأ » ؟ اننا نميل الى الاعتقاد أن كلتا المحكمتين لم تقدمدا التوسع فيما تشمله أعمال التابع التي تستوجب مسؤولية سيده . وأن ورود هاتين العبارتين بعد الكلام عن تجاوز حدود الوظيفة لم يقصد به سوى تفسير معنى ذلك التجاوز ، ولكنه في نظرنا تفسير غير موفق . ولا سيما انه لم تكن ثمة حاجة اليه ، لأن الخطأ الذي وقع من التابع في ظروف هذه القضية يعتبر تجاوزا لحدود الوظيفة ، ولا يكفي أن يقال فيه فقط انه وقع بمناسبة تلك

الوظيفة ، فكتيرا ما حكمت المحاكم الفرنسية بأن الخادم المنزلى — المنوط به خدمة سيده بوجه عام — يعتبر فى جميع أعماله التى يقوم بها لحساب سيده قائما بوظيفته (نقض غرنسى ٣٠ أغسطس ١٨٦٠ سبرى ١٨٦٠ — ١ — ١٠١٣ ، ٢٥ يونيه ١٨٦١ سبرى ١٩٦٢ — ١ — ١٥١ ، وراجع فى ذلك ديموج ج ٥ ص ١١٥ ، سوردا ج ٢ ص ١٤٤ ، بهجت بدوى ص ١٥٢ ، سليمان مرقس ص ٤٠٣ وباللغة الفرنسية ص ٤٢٤) .

مسئولية السيد عن تابعى تابعه ، وأساس هذه المسئولية (*) :
مسئولية السيد عن أفعال تابعه مسئولية استثنائية مقررة بحكم القانون ، فمن غير الجائز التوسع فيها لجعل السيد مسئولا عن أفعال الأشخاص الذين يعينهم تابعه sous - préposes الا اذا كان السيد قد أمر تابعه بتعيينهم أو أقره على ذلك التعين (سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٤٠١ وباللغة الفرنسية ص ٤٢١ . بهجت بدوى فى مسئولية السيد باللغة الفرنسية ص ٦٩ ، مازو فى المسئولية المدنية نبذة ٨٨٠) .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ بأن الجمعية التى أنشأت مستوصفا مسئولة عن أعمال مديره الطبيب وعن افعال التمورجى الذى عينه ذلك المدير والذى تسبب فى حصول تسمم لأحد المرضى بتقصيره فى تعقيم الابرة قبل حقنه بها ، وقررت فى حكمها أن السيد سواء أكان فردا أم جماعة مسئول عن عماله الأضرين الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن تعيينهم بمعرفتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات ، وقد عنيت المحكمة ببيان أن حقن المرضى متصل اتصالا وثيقا بوظيفة التمورجى وأن تعيين التمورجى داخل فى اختصاص مدير المستوصف ،

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ، فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٦ .

وقضت بناء على ذلك بمسئولية المستوصف عن خطأ التمورجى (استئناف مصر ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ - ٤٣٣ - ٢٠٣) .

وقد أصاب هذا الحكم فيما ذهب اليه من جعل المستوصف مسئولا عن افعال التابع الذى عينه له تابعه الأول ، غير أنه يلاحظ عليه أنه لم يكتف فى تبرير هذه المسئولية بحق التعيين والرقابة الذى للجمعية صاحبة المستوصف على تابعيها بل استند فى ذلك أيضا الى « أن الجمعية تصيب من اجراء تلك الحقن فى مستوصفها فائدة مادية اذ أن المستوصف يقتضى عنها أجرا قدره قرشان لكل حقنة ... فلا مناص من اشتراك الرئيس الأول صاحب المستوصف فى تحمل مسئوليته لأنه هو المستفيد من دخل المستوصف ومن ضمنه أجر تلك الحقن » .

ويتضح من هذه الحيثية أن المحكمة أخذت فيها بنظرية الغرم بالغنم أو تحمل التبعة *téorie du risque* ، كما أخذت بها بعض أحكام المحاكم المختلطة [٧ مايو ١٩٢٥ (٣٧ من ١٥) الغازيت ٧ - ٨ - ٦ ، ١٦ مارس ١٩٢٢ (٣٤ من ٢٤١)] . مع أن هذه النظرية تجعل السيد مسئولا شخصيا وشريكا لتابعه فى تحمل المسئولية ، فتعارض بذلك مع النتائج المسلم بها كجواز رجوع السيد على تابعه ، ولا تتفق مع ما بدا أخيرا من نية محكمة النقض فى جعل أساس هذه المسئولية كفالة مفروضة على السيد بحكم القانون ، بالتضامن مع تابعه ، بحيث لا يلتزم هو شخصيا بمبلغ التعويض بل يؤديه عن تابعه على أن يرجع عليه .

ح - مسئولية القاصر عموما ومسئولية السيد القاصر بنوع خاص (*) :

نصت المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى على مسئولية كل من تسبب فى ضرر لغيره ولم تشترط رُسُد الفاعل أو تمييزه ولا هى نصت على اعفائه

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٤ .

ان كان قاصرا أو غير مميز ، فاختلف الشراح والمحاكم في ذلك ، فقال فريق بمسئولية القاصر وغير المميز ، وعارضهم في ذلك فريق آخر (راجع مازو نبذة ٤٥٥ وما بعدها) ، وقد تأثر المشرع المصرى المخطط برأى الفريق الأخير ونص في المادة ٢١٢ مدنى على عدم مسئولية كل فاعل غير مدرك لأفعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أم لسبب آخر ، أما المشرع الأهلى فقد تجنب الأخذ بنص المادة ٢١٢ مختلط ونقل في المادة ١٥١ مدنى أهلى نص المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى بحرغه ، فجاز الخلاف في مصر كما في فرنسا ، ونحن نرى أن الحل يصح أن يختلف في هذه المسألة حسب تغير الظروف دون مساس بمبدأ المسئولية ، فيعتبر القاصر أو غير المميز مسئولا كلما وقع منه خطأ ، لأن قصره أو عدم تمييزه لا ينفى مبدئيا امكان وقوع الخطأ منه ، اذ أن الخطأ يقدر عادة بمعيار موضوعى لا شخصى ، فيقاس تصرف القاصر بمسلك شخص في مثل سنه بصرف النظر عن تفاوت قوة الادراك بينهما ، وعندى أنه لا يجوز مطلقا صرف النظر عن سن القاصر وقياس تصرفه بمعيار الرجل اليقظ المنتبه كما يرى الأستاذان هنرى وليون مازو في كتاب المسئولية المدنية نبذة ٤٦٠ وما بعدها (أنظر في ذلك ما تقدم في ص ٣٣) •

ومتى سلمنا بمسئولية القاصر عن فعله الشخصى ، لزمته من باب أولى مسئولية السيد عن فعل تابعه لأنها مفروضة بحكم القانون ولا يحتاج فيها الى اثبات خطأ السيد أو نفيه ، وقد حكمت محكمة النقض أخيرا بأن القاصر يسأل في ماله عن خطأ خادمه عملا بالمادة ١٥٢ مدنى ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ - ٣ - ٢٦) ، وحكمها بذلك عين الصواب حتى مع عدم التسليم بمبدأ مسئولية القاصر عن فعله الشخصى ، ذلك أنه يكفى لتطبيق المادة ١٥٢ مدنى أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ومتى تواغرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته أو أن

الخادم قد خالف أوامر سيده ، لأن هذه المسئولية ان هي الا مسئولية مفترضة افتراضا قانونيا (راجع حيثيات الحكم في المرجع السابق ص ٢٧) ، وقد فرضها القانون على كل سيد بلا استثناء ، فحق التعويض لكل من أصيب بضرر بخطأ خادم أو تابع ، ولا يجوز للسيد أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بسبب قصره وعدم قدرته على مباشرة حقه في رقابة تابعه ، لأنه من المقرر أن القصر لا تندفع به المسئولية متى افترضها القانون ، فالصغير يسأل عن فعل حيوانه عملا بالمادة ١٥٤ / ١٣٨٥ / ٢١٥ مدني (أنظر مازو نبذة ١١٣٦ وديموج ج ٥ نبذة ١٠٢٠) ، وكذلك يسأل عن فعل تابعه ، ولأنه ان كان غير قادر على مباشرة حقه في رقابة تابعه بنفسه ، فإن وصيه ينوب عنه في ذلك كما ينوب عنه في مباشرة سائر حقوقه ، ولا يجوز للصغير أن يحتاج بذلك كي يلقي المسئولية على وصيه ، لأن الوصي لا يعمل في ذلك لحساب نفسه بل لحساب الصغير ، ولأن تصرفاته بهذه الصفة تنتج آثارها في ذمة القاصر لا في ذمته هو ، ولا يتصور أن تؤدي الوصاية — وهي في الأغلب من غير مقابل — الى أن يضمن الوصي في ماله أخطاء خدام القاصر ، ولو قيل بغير ذلك لأجفل الناس من قبول الوصاية هربا من مثل هذه المخارم التي لا تندفع (راجع مذكرة وكيل النيابة الأستاذ محمد عبد الله محمد في المرجع السابق هامش ص ٣٠) .

ط — التضامن في المسئولية بين السيد وتابعه وجواز توجيه دعوى الضمان الفرعية من أولهما الى الثاني (※) : قرر الشارع مسئولية السيد عن خطأ تابعه لضمان حصول المصاب على تعويض ما لحقه من ضرر (المادة ١٥٢ / ٢١٤ مدني) ، وذلك لأن التابع يكون عادة معسرا ، أما السيد فمفروض فيه أنه مليء ، ولأن الحكم بالتعويض على التابع

وحده قليل الجدوى ، وهو لا يحقق الغرض منه الا اذا ألزم السيد بالتعويض بالتضامن مع تابعه (المادة ١٥٠/٢١١) ، وحكم المدينين المتضامنين في دين واحد أنه يجوز الزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن ، على أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته ، ويثبت له هذا الحق قانونا من وقت قيامه بالوفاء فعلا ، لا بمجرد تعهده أو الزامه بالتضامن ، اذ أن المرء لا يرجع الا بما دفع زيادة عما هو واجب عليه ، ومادام هو لم يدفع شيئا ، فلا حق له في رجوع ، وان كان بحكم التضامن معرضا للتنفيذ عليه بكامل الدين ، لأن هذا الخطر الأخير احتمالى ، ولا يتحقق الا اذا اختار الدائن مطالبة هذا المدين بالذات دون غيره ، فاذا حكم على السيد وتابعه بالتضامن بينهما ، فان مجرد الحكم بالتضامن لا يخول أحدهما حق الرجوع على الآخر ، مادام لم يدفع شيئا من التعويض ، فان رجع كان رجوعه على غير أساس ، وسابقا لأوانه •

وقد طبقت ذلك محكمة الجنايات في قضية طلب فيها المدعى الدنى الحكم بالتعويض على وزارة الداخلية بالتضامن بينها وبين أحد رجالها اتهم بجناية ، ثم وجهت الوزارة دعوى الضمان الفرعية الى المتهم طالبة الحكم عليه بما عساه أن يحكم عليها به من تعويض ، فرفضت محكمة الجنايات هذه الدعوى الفرعية باعتبار أنها سابقة لأوانها ، وقضت بالزام الوزارة والمتهم بالتعويض متضامنين •

ولكن محكمة النقض ألغت هذا الحكم بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٣٦ (المحاماة ١٧ — ١٤٨ — ٦٩) واستندت في ذلك الى « أن حق المدين التضامن في توجيه دعوى الضمان الفرعية الى زميله المتضامن معه مقرر في كتب الفقه ولا نزاع فيه » ، والواقع أن الذى قرره الشراح ولا نزاع فيه أنه « اذا كان شخصان أو أكثر ملزمين بدين واحد ، فلمن طلب منه أكثر من حصته في الدين أن يطلب ادخال المدينين الآخرين ليضمنوا له ما زاد على نصيبه » (أبو هيف بك في المرافعات نبذة ١٠٣٧) ، أما اذا

كان قد وجه الدعوى الى جميع المدينين ، وطلب الحكم عليهم بالتضامن ، فلامحل لتوجيه دعوى الضمان الفرعية من بعضهم الى البعض الآخر ، لأنهم جميعا داخلون في الدعوى الأصلية ومطالبون بالتضامن ، ولأن دعوى الضمان الفرعية ليست الا وسيلة لادخال خصم في دعوى أصلية ليس هو طرفا فيها .

وبما أن المدعى المدنى في القضية التى صدر فيها حكم النقض سالف الذكر كان قد وجه دعواه الى الوزارة والمتهم بالتضامن بينهما ، فلم يكن ثمة محل لتوجيه دعوى الضمان الفرعية من أحدهما الى الآخر ، وقد أصابت محكمة الجنايات برفضها هذه الدعوى . غير أن محكمة النقض لم تكتف بالاستناد الى ما أسلفناه من آراء الشراح ، بل شرحت نظريتها بقولها أن « من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى في نفس الوقت ذلك المدين الآخر ويطلب الى المحكمة في حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو اذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته ، هو شخصيا ، بشئ من الدين » .

وعندى أن المحكمة قد تكون من حيث الموضوع أصابت الحل القانونى الصحيح ، الا أن عبارتها يعوزها قليل من الدقة وربما كان السبب في ذلك راجعا الى خطأ وزارة الداخلية نفسها في تكييف مركزها القانونى وفي ابداء طلباتها ، وبيان ذلك أنه مما لا نزاع فيه أن الشركاء في المسؤولية يجوز لكل منهم — اذا رفعت الدعوى عليهم جميعا بالتضامن — أن يطلب من المحكمة تعيين مقدار ما يجب عليه شخصيا من التعويض حتى يكون ذلك أساسا لتسوية علاقته مع شركائه (سليمان مرتس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٤٢ وما بعدها وصفحة ٣٦٤ وباللغة الفرنسية ص ٣٤٤ و ٤٦٦ وما بعدها) ، وبالأولى يجوز لأى واحد من المدينين أن يطلب من المحكمة أن تقرّر عدم ملزوميته هو شخصيا ازاء شركائه بشئ من الدين اذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى ذلك ، وانما ليس له أن يصوغ طلبه هذا في شكل دعوى ضمان

فرعية ، فقد بينا أن لا محل لذلك في مثل هذه الحالة ، وكذلك لا يعتبر الدين الذي يتقدم بمثل هذا الطلب أنه يقاضى في نفس الوقت المدينين الآخرين ، بمعنى أنه يوجه اليهم دعوى الضمان الفرعية ، ولا أنه يطلب إلى المحكمة أن تقضى له بحق الرجوع على المدينين الآخرين بكسافة ما يحكم به عليه هو ، لأن حق الرجوع لا يثبت له إلا بعد قيامه بالوفاء بما يزيد على نصيبه ، ولا عبرة بالحكم به لأن من صدر له هذا الحكم لا يستطيع الرجوع فعلا إلا إذا كان قد دفع زيادة عن نصيبه . فتكليف المسألة على أنها مقاضاة من وزارة الداخلية للمتهم . للحكم لها بحق الرجوع عليه بما عساه يحكم عليها به ، تكليف غير دقيق ، وكان ينبغي أن تطلب وزارة الداخلية من المحكمة أن تقرر عدم ملزوميتها بشيء من التعويض في علاقتها بالمتهم ، فتحكم المحكمة بذلك ، ويكون حكمها أساسا لرجوع وزارة الداخلية ، إذا نفذ المدعى المدني عليها وحدها دون المتهم .

هذا من حيث الشكل : أما من حيث الموضوع فقد رأت محكمة النقض أن تبرر أيضا ما ذهبت إليه ، فقالت « ان مصلحة الدين في ذلك محققة لا احتمالية فقط لأن رفع الدعوى عليه بادی الأمر بصفته مدينا متضامنا مع الدين الآخر معناه التزامه شخصا في النهاية بجزء من الدين سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع هو على زميله الدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على الدين الآخر ثم رجع هذا الدين الآخر على الدين الأول بحصته فيما حكم به طبقا للمادة ١١٥ مدنى . وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هي التي تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين في نفس الوقت الذي رغبت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا والمطالبة بالحكم له على الدين الآخر بكل ما يحكم به عليه » .

غير أن تلك المصلحة المحققة التي أشارت إليها محكمة النقض تفترض شخصا متضامنا مع الآخرين بغير أن يلزمه هو شخصا شيء من الدين ، وقد رأت المحكمة أن تطبيق حكم المادة ١١٥ مدنى لأبد أن

يؤدى الى تحميل مثل هذا الشخص بنصيب من الدين مع أنه غير ملزم بشيء ، سيكون من مصلحته طلب الحكم له على المتضامنين معه بكل ما يحكم به عليه ، حتى لا يتحمل فى النهاية شيئا من الدين . ولكن يجب ألا يفوتنا أن ما تقرره المادة ١١٥ من حق الرجوع على المدينين الآخرين بقدر أنصبتهم يصح أن يشمل الدين كله اذا كان من وفاء ليس ملزما بشيء منه ، فلا خطر على المدين اذن من ارجاء حقه فى الرجوع على غيره الى ما بعد قيامه بالوفاء ، ولا مصلحة له محققة فى تعجيل مباشرته لهذا الحق ، والسماح له بالمطالبة به فى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا .

أما من حيث المبدأ فى كون السيد يجوز فى علاقته بتابعه ألا يلزم بشيء من التعويض اذا أبدى أسبابا تبرر ذلك فالمسألة خلافية ، ولابد فى حلها من الرجوع الى تعيين أساس مسئولية السيد ، وقد تعددت الآراء فى ذلك ولكن يمكن تقسيمها الى أربعة مذاهب رئيسية (١) فالمذهب الأول يرى أن أساس هذه المسئولية قرينة على تقصير السيد فى واجب الرقابة وعلى سوء اختياره لخدمه أو تابعيه (١) ، (٢) والثانى يرى أن السيد يسأل باعتباره كفيلا متضامنا ، لا باعتباره ملزما شخصا بالتعويض ، (٣) والثالث يعتبر خطأ السيد فى اختيار تابعه ثابتا بمجرد ارتكاب التابع للفعل المنتج للمسئولية ، (٤) والرابع يبنى هذه المسئولية على فكرة تحمل التبعة *théorie du fisque* (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٢٠ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ١٢١) . أما الرأى الأول فلا يستقيم مع ما هو منسجم به من عدم جواز دفع مسئولية السيد بنفى الخطأ عن نفسه ، واذا أخفنا بالرأى الثانى كان السيد غير ملزم شخصا بالتعويض ، وجاز له أن يطلب من المحكمة أن تقر ذلك ، حتى يستطيع الرجوع على تابعه بكل التعويض اذا نفذ به عليه هو ، ولم يجز للتابع اذا فرضنا وفاءه بالتعويض أن يرجع به أو

ببعضه على سيده • أما الرأي الثالث فيجعل السيد مخطئا خطأ ثابتا كما هو الحال بالنسبة لتابعه ، ويترتب على ذلك توزيع المسؤولية بينهما وفقا لأحكام الخطأ اشترك • والرأي الرابع يجعل السيد ملزما أصلا بالتعويض ، ولا يبعد أن يؤدي الى تحويل التابع حق الرجوع على السيد (أنظر حكم محكمة أبو حمص الجزئية ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٢٦٩ — ٢٠٥) ويرى سلفاتييه أن الرأي الرابع لا يحول دون رجوع السيد على التابع باعتبار أن المسؤولية المبنية على تحمل التبعة مسؤولية ثانوية أو احتياطية وان الأصل هو المسؤولية المبنية على الخطأ (سلفاتييه ج ١ — ٣٧٤ — ٢٢٨) •

يتضح من ذلك أن ما ذهب اليه محكمة النقض من جواز الأخذ بعدم مسؤولية السيد شخصا بشيء من التعويض ، لا يستقيم الا مع الرأي الثاني الذي يجعل السيد مسئولا عن أعمال تابعه باعتباره كفيلا متضامنا معه فقط ، لا باعتباره مسئولا شخصا عن التعويض ، فهل اختارت المحكمة هذا الرأي عمدا واستقرت عليه بعد بحث وتمحيص ؟ اننا نميل الى الاعتقاد بذلك وان كنا لا نجد في هذا الحكم ما يؤيده •

وقد تأكد عندنا أخيرا هذا الاعتقاد بصدد حكم حديث من محكمة النقض قررت فيه أنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم ، وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ومتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسؤولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته أو أن الخادم قد خالف أوامر سيده ، لأن هذه المسؤولية ان هي الا مسؤولية مفترضة افتراضا قانونيا (١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦ ، وأنظر أيضا في هذا المعنى نقض ١٩ مايو ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٢٣٧ — ٧٩ ولو أنه اعتبر مسؤولية السية مبنية على مجرد افتراض الخطأ) ، وقد أرادت المحكمة بذلك أن تقر أن هذه المسؤولية أساسها نص القانون وليس الخطأ ، ومما يؤكد نية المحكمة هذه ما ورد في مذكرة النيابة العمومية المقدمة في الدعوى من حضرة

الأستاذ محمد عبد الله محمد حيث جاء فيها بعد بحث مستفيض : « وإذا تأملنا ما تقدم ألفينا أننا بصدد نوع من المسؤولية لا يعصم منه رشد ولا عقل ولا يفيد في دفعه استشهاد الشخص بحيطته أو تبصره ، إذ هي مسؤولية فرضها القانون فرضاً وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد الى ذمة الخادم تأميناً للمضروب وتيسيراً له في انقضاء التعويض الذى يستحقه » (القانون والاقتصاد ٧ - ٣ - ٣٠ في الهامش) •

يخلص اذن من ذلك أن محكمة النقض المصرية تعتبر مسؤولية السيد عن أعمال تابعه مصدرها القانون وأساسها كفالة الأول للثانى بالتضامن فيما بينهما •

مسؤولية صاحب العمل عن أعمال الماثل (٢) : لا يسأل السيد عن أعمال تابعه الا اذا توافرت بينهما علاقة التبعية ، وتنشأ هذه العلاقة بصفة عامة عن عقد ايجار الأشخاص ، غير أنه لا يندر أن توجد أيضاً بين طرفى عقد الاستصناع اذا كان العقد يخضع التمتع للمتعهد له اخضاعاً كافياً لجعله تابعاً له ؛ فليست العبرة فى قيام هذه العلاقة بطبيعة العقد الذى يربط الطرفين ، وإنما الممول عليه حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره (راجع محمد حلمى بهجت بدوى ، فى مسؤولية السيد عن أعمال تابعه ، باريى سنة ١٩٣٠ ص ٧٧ وما بعدها ، وسليمان مرشس ، فى نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٧ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٤١٥) •

وبناء على ذلك لا يعتبر تابعاً من كان له فى عمله استقلال يخرجـه عن سلطة غيره ، وقد حكمت المحاكم المصرية بأن الماثل رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل ، وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده مايراه

(٢) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ابريل ١٩٣٧ ، ص ٦٥٤ .

لامكان الوصول بالمقاوله الى النهاية المشترطة عليه في العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفني في عمله ، بل المقاول هو المسئول وحده (مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٣٦ المجموعة ٢٨ رقم ١١٩ ، الموسكى الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجموعة ناصر رقم ٥٤٦٢ ، استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٥٨) ، ٢٢ نوفمبر ١٩١٦ (٢٦ ص ٧٤) .

غير أن محكمة مصر الأهلية حكمت في ٢٣ مارس ١٩٣٦ (المحاماة ١٧ — ٦٥٣ — ٣١٥) بمسئولية وزارة الأشغال عن أعمال مقاول المجارى التى نشأ عنها خلل في المنازل المجاورة لأعمال المجارى ، وقد بنت حكمها على ما ثبت لديها من أن عقد المقاوله خول مدير عام مصلحة المجارى حق رقابة أعمال المقاول في جميع تفاصيلها وحق اصدار التعليمات اليه في كل ما يلزمه عمله ، وحرّم المقاول حق مناقشة الموظف المباشر ولو في حالة الخطأ الفني ، مما يجعل المقاول تابعا فعلا لمصلحة المجارى ووزارة الأشغال .

وعندى أن المحكمة أصابت الحل الصحيح غيما ذهبت اليه ، وحكمها بذلك يتمشى مع ما أخذت به المحاكم الفرنسية من زمن ، حيث حكمت بأن عقد المقاوله يجعل المقاول تابعا لشركة السكك الحديدية مادام قد نص فيه على التزام المقاول باتباع جميع الأوامر والتعليمات التى يصدرها اليه كبير مهندسى الشركة أو قلم هندستها فيما يتعلق بطريقة تنفيذ المقاوله (نقض فرنسى عرائض ١٠ نوفمبر ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ — ١ — ١٣٣) .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل رقابة لصاحب العمل على المقاول تكفى لتوافر علاقة التبعية بينهما وترتيب المسئولية عليها ، اذ الفسالب أن يحتفظ صاحب العمل بحق رقابة المقاول في تنفيذ شروط المقاوله دون أن يقصد بذلك التدخل في طريقة تنفيذ تلك الشروط ، فان مثل هذه

الرقابة العامة لا تتوافر بها علاقة التبعية . وقد عنت محكمة مصر ببيان ذلك غمیزت بین (١) حالة ما اذا سلم صاحب العمل المقاولة لمقاوّل استقل بتنفيذها ، (٢) وحالة ما اذا خول صاحب العمل بمقتضى العقد لنفسه حق الاشراف البسيط على العملية لضمان حسن سير العمل على شرط أن لا يكون له تداخل فعلى وأن لا يتلقى عمال المقاوّل الأوامر الا منه (من المقاوّل) ، (٣) وحالة ما اذا أعطى صاحب العمل لنفسه حق التداخل فى تنفيذ المقاولة من الوجهة الفنية ، بحيث أن المقاوّل يكون ملزما بمقتضى العقد بتنفيذ أوامر صاحب العمل . فجعلت صاحب العمل مسئولا عن أعمال المقاوّل فى الحالة الأخيرة ، دون الصاليتين الأوليين ، وهذا أيضا يتفق مع المبادئ الصحيحة (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٨ وباللمة الفرنسية ص ٤١٦) .

ولهو ذلك قررت المحكمة أنه متى احتفظ صاحب العمل لنفسه بحق التدخل الفعلى فى طريقة تنفيذ العمل ، كان لا مناص من مسئوليته قبل الغير الذين يصيهم ضرر من عمل المقاوّل ، ولو اشترط فى عقد المقاولة أن يتحمل المقاوّل وحده هذه المسؤولية ، لأن هذا الشرط لا أثر له الا فيما بين المتعاقدين ، ولا يتناول الا علاقة كل منهما بالآخر ، فلا يمكن أن يخلى مسؤولية صاحب العمل قبل المصاب ، وفى هذا أيضا قد وفقت المحكمة كل التوفيق (٣) .

مسؤولية الحكومة عن أعمال المقاوّل ، هل تختلف عن مسؤولية الأفراد (٤) : أصدرت محكمة مصر الأهلية حكما فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ طبقت فيه القواعد الخاصة بمسؤولية السيد عن أعمال تابعه على وزارة الأشغال فى علاقتها بمقاوّل نشأت عن أعماله أضرار لبعض المنازل

(٢) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الأول فى أركان المسؤولية س ١٩٧١ ص ٣٠١ وما بعدها .
(٤) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٢٩ .

المجاورة ، وقضت بالزام وزارة الأشغال بتعويض الضرر بناء على ما ثبت لديها من أن عقد المقاولة يخول موظفى الوزارة حق التداخل فى أعمال المقاول واصدار التعليمات اليه فى كل صغيرة وكبيرة ، مما يجعل المقاول تابعا للوزارة صاحبة العمل • وقد علقنا على هذا الحكم فى حينه من ناحية سلامة تطبيقه قواعد القانون المدنى المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ - ٦٥٤ • أنظر ما تقدم فى ص ٤٧٣) •

استؤنف هذا الحكم ، فأيدته محكمة الاستئناف فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ (المحاماة ١٧ - ١٠٦١ - ٥٤١) ، وقررت فى حيثياتها « أن هذا الحكم أصاب فى تقرير مسؤولية الوزارة ••• لأن أحكام التعاقد الذى بينها وبين المقاول جعلت من المقاول خادما لها بالمعنى القانونى الوارد فى المادة ١٥٢ مدنى فهى اذن مسئولة قانونية عن تعويض الضرر الناتئ للغير عن فعله فى أثناء تأدية وظيفته كما هو الحال هنا » • وقد اقتضت محكمة الاستئناف فى هذه الحيثية على مجرد تقرير توافر علاقة التبعية ، اكتفاء بما ورد فى حكم المحكمة الابتدائية من بيان شروط عقد المقاولة التى يمكن استنباط توافر تلك العلاقة منها ، ولو أنها لم تشر الى ذلك ، مع أن الإشارة اليه كانت واجبة ، اذ لولا ورود ذلك البيان فى الحكم الابتدائى لكان فى حكم الاستئناف قصور يتعذر معه على محكمة النقض التحقق من صحة تطبيق القانون فيما يتعلق بتوافر علاقة التبعية من عدمه •

على أن المهم فى حكم الاستئناف أنه لم يقتصر على هذا السبب الأول الكافى وحده لتبرير المسؤولية ، بل بنى أيضا مسؤولية الحكومة على أنها « حتى فى المقاولات ذات العقود المرسلة التى لا تشترط فيها لنفسها الرقابة على المقاول واصدار الأوامر اليه تبقى بصفتها حكومة مسئولة عن المحافظة على أمن الناس فى أموالهم وأرواحهم ولا تستطيع أن تنتج من تعويض الغير اذا هى أهملت أمر مراقبة المقاول اهمالا نشأ عنه ضرر » • وظاهر أن هذه الحيثية لا تتفق مع مبادئ القانون

المدنى التى جرت أحكام المحاكم على تطبيقها فى مسئولية الحكومة ، لأن تلك المبادئ لا تجعل الحكومة مسئولة عن غير أعمال تابعيها ، وقد تقرر باطراد أن الما قول الذى لم يقيد برقابة صاحب العمل لا يعتبر تابعا له (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٧ وباللغة الفرنسية ص ٤١٥ وتعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ - ١٧٣ • أنظر ما تقدم فى ص ٤٧٣) •

وليس معنى هذا أن ما ذهب اليه محكمة الاستئناف فى هذه الحثية خطأ فى ذاته ، ولكنه يدل على اتجاه المحكمة نحو الشعور بضرورة عدم التقيد بقواعد القانون المدنى فيما يتعلق بمسئولية الحكومة ، وعلى ميلها الى الأخذ فى ذلك بما توحى مبادئ القانون العام ، تلك المبادئ التى أنشئت خصيصا لتنظيم علاقات الحكومة بالأفراد والتى يؤدى تطبيقها على هذه القضية الى جعل الحكومة مسئولة باعتبار عدم احتفاظها بالرقابة على أعمال الما قول خطأ اداريا منها *faute du service* • وقد سبق أن أشار بمثل ذلك الأستاذ عبد السلام ذهنى بك فى كتابه (فى مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة ، القاهرة ١٩٢٩ ص ٢٤٢ وما بعدها) • وأورد حكما قرر فى صراحة أنه يجب على القضاء المصرى فى أخذه بقواعد ضمان الأعمال ونظرية الضمان بالخطأ فيما يتعلق بمسئولية السلطة العامة أن يدأب على تهذيبها كلما استدعاء التطور الاجتماعى حتى يتاح للتشريع المصرى تغيير هذه النظرية بخير منها (استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٢٩ المحاماة ٩ - ٣٦٨ - ٢٠٣) •

ولعل محكمة الاستئناف قد أرادت بهذه الحثية التى أوردتها فى حكمها الحديث بغير ما حاجة اليها وبغير سبب فأنهر ، لعل محكمة الاستئناف قد قصدت بذلك أن تنبه المشرع الى أنه قد آن له أن يضع التشريع الخاص بمسئولية الدولة - الذى سبق أن أشارت به فى حكمها الأول - تمشيا مع حالة التطور الاجتماعى التى أصبحت تقتضى ذلك ، حتى اذا لم يلب المشرع هذا النداء كانت المحاكم فى حل من التمشى مع

ذلك التطور الاجتماعي باقتفاء أثر القضاء الإداري الفرنسي في هذا السبيل .

فإذا كان هذا ما قصدت اليه المحكمة ، فنحن نقرها عليه ، وندعو معها اليه . غير أن هذا لا يمنعنا أن نلاحظ أن ما ذهبت اليه في تقرير مسؤولية الحكومة في مثل هذه الحالة بناء على واجبها في المحافظة على أمن الناس في أموالهم وأرواحهم يعتبر في حالة التشريع الحاضر محاولة جريئة للعمل بنظرية الخطأ الإداري ، وخروجاً على ما انعقد عليه أجماع المحاكم المصرية إلى الآن ، وما قررته وأكدته غير مرة محكمة النقض والإبرام ، وعلى الأخص في الطعن رقم ٢٢٠٠ سنة ٢ ق المقدم من وزارة الداخلية ضد النيابة وآخر مدعى مدني ، حيث بنت الوزارة طعنها على أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ طبق على مسؤولية الحكومة قواعد مسؤولية السيد عن أعمال تابعه ، مع أن تلك المسؤولية لا يصح أن تبني على قواعد القانون المدني ، وإنما يجب الرجوع فيها إلى قواعد القانون العام التي تقتضي التفريق بين الخطأ المصلحي أو الإداري *faute de service* والخطأ الشخصي *faute personnelle* بحيث لا تسأل الحكومة إلا عن النوع الأول بخلاف الثاني فإن تبعته تقع على عاتق الموظف أو المستخدم وحده دون الحكومة ، إذ رخصت محكمة النقض هذا الطعن وقالت فيه :

« ومن حيث إن هذا الطعن يرمى إلى القول بوجوب ترسم ما جرى عليه قضاء المحاكم الإدارية بفرنسا وما أخذ به علماء القانون العام فيها من التفريق بين أساس مسؤولية الحكومة عما يقع من موظفيها من عدوان حقوق الأفراد ومسؤولية الأفراد عن أعمال تابعيهم وذلك للاعتبارات التي تضمنتها كتب الفقه الفرنسي . على أن مجلس الدولة بفرنسا إذا كان قد جرى على هذه الخطة فيحكم ما له من حرية النظر في تقرير ما يرى من القواعد القانونية لأنه لم يقيد بقواعد مرسومة ، ومن أجل ذلك استن في أحكامه سننا هي مزيج مما فهمه من معنى القانون العام ومما تقتضيه قواعد العدل المطلق ، وتابعه فيما رأى بعض فقهاء

القانون ، وخالفه آخرون ، وتشعبت بهؤلاء وأولئك السبل والمذاهب ، ولا يزالون مختلفين في كثير من أمهات المسائل ، وقد أدى بهم مستحدث النظريات الى آراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعة — ولا من مصلحة مصر في حالتها الراهنة — الأخذ بها ولا الجرى عليها ، ذلك هو مجمل الحال في فرنسا . أما في مصر فالمحاكم محدودة الاختصاص فيما ينشأ بين الحكومة والأفراد من منازعات فضلا عن تقيدها بما وضع لها من قوانين لا معدل لها عنها ، وليس في ظروف الدعوى الحالية ما يستوجب تنكب هذه القوانين الى ما عداها ، اذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق حتى في دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد في حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين » (نقض مدنى ١٠ أبريل ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ١ — ٤ — ٣ ، وأنظر حكما آخر في الطعن رقم ١٦٩٨ س ٣ ق في ذات التاريخ المحاماة ١٤ — ١ — ٥ — ٤) .

وقد ثبتت محكمة النقض على هذا الرأى ، وأكدتة أخيرا في حكم حديث بتاريخ ٣ يونيه ١٩٣٧ (مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ٣ — ٢٠٠) .

ولم نعر على غير حكم واحد صادر من محكمة مصر الابتدائية أخذ بنظرية الخطأ الادارى والخطأ الشخصى تأسيسا على نظرية المخاطر أو تحمل التبعة (١٢ يونيه ١٩٢٨ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٩٨ ، مجموعة عيائى ج ٢ نبذة ٣٤٦٩) .

غير أننا نلاحظ من جهة أخرى أنه مادامت الحكومة هي التي طلبت تطبيق نظرية الخطأ الادارى ، فقد لزمها العمل بهذه النظرية في جميع الحالات التي تنطبق عليها ولو كان ذلك ليس من مصلحتها في بعض تلك الحالات . والواقع من الأمر أن أقسام قضايا الحكومة كثيرا ما أخذت بهذه النظرية في فتاويها ، وعلى الأخص فيما يتعلق بحق الحكومة في الرجوع على الموظف بقيمة التعويض ، مع أنه ليس من مصلحتها في هذه

الحالة تطبيق هذه النظرية اذا كان سبب الضرر مما يصح اعتباره خطأ اداريا ، اذ يترتب على ذلك امتناع رجوعها على الموظف .

ومادامت الحكومة قد اختارت لنفسها تطبيق هذه النظرية بكل ما فيها من غم ومن غرم ، وتمسكت بها أمام القضاء وطبقتها اداريا ، فليس من المعقول أن تغل يد المحاكم في تطبيقها ، بل وجب عليها اصدار تشريع يجعل العمل بها واجبا قضاء ، والا اضطرت المحاكم الى التحرر من قيود قواعد القانون المدني ومعاملة الحكومة بما اختارته لنفسها عملا . وقد أنذرت محكمة الاستئناف بذلك منذ سنة ١٩٢٩ ، وما هي قد شرعت في حكمها الصادر هذا العام تعمل بما أنذرت ، بل ان حكم محكمة النقض ذاته الذى أوردنا حيثياته انما استبعد تطبيق هذه النظرية بعد أن تبين أنها قد تؤدي الى آراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعة (وزارة الداخلية) ، ولا من مصلحة مصر في حالتها الراهنة ، الأخذ بها ولا الجرى عليها ، وبعد أن قرر أن ليس في ظروف الدعوى ما يستوجب تنكب القوانين المدنية الى ما عداها . وقد يفهم من ذلك أن محكمة النقض لن تتأخر عن تطبيق هذه النظرية متى رأت أن ذلك قد أصبح من مصلحة مصر أو أن في ظروف الدعوى ما يستوجب .

نقض مدنى ، ٤ مارس سنة ١٩٤٨ فى الطعن رقم ٣٣ سنة ١٧ ق

١ — مسئولية مالك السفينة عن فقد أحد بحارتها . مدى مسئولية رب العمل اذا فعل ما من شأنه زيادة أخطار العمل عما هو وارد فى عقد الاستخدام .

ب — مسئولية . رابطة السببية بين الخطأ والضرر . تقدير قيامها موضوعى .

المبدأ القانونى :

١ — ليس لرب العمل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه فان هو فعل صح اعتباره مخلا بمقد

الاستخدام اخلايا يماح أساسا لمسئوليتة ، فإذا كان الثابت في الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد غيه ما يفيد أنه معترم تأجيرها لدولة محاربة ، وان هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علما بهذا التأجير (عند حدوثه) وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد في أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون اذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيسام الطاعن بهذا التأجير خطأ من جانبه في حق عماله •

٢ — اذا كانت محكمة الموضوع رتبت على خطأ الطاعن مسئوليتة عن فقد ملاحى سفينته على اعتبار أن هذا العقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فان رأيها في ذلك انما هو رأى في مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه •

اسباب الحكم

المحكمة

حيث ان حاصل ما ينعماء الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه اذ اعتبره مسئولا مدنيا عن فقد مورث المطعون عليهم اقام هذا الاعتبار — أولا — على أنه خطأ اذ أجر الباخرة المصرية الى دولة محاربة فوقت كانت فيه مصر دولة غير محاربة ، فعرض بعمله هذا رجال الباخرة لخطر لم يكونوا على بينة منه — ثانيا — على أن المادة ٧٧ من قانون التجارة البحرى توجب الضمان « لكل من مرض من الملاحين في أثناء السفر ، أو جرح ، أو قطع منه عضو سواء كان ذلك في خدمة السفينة ، أو في محاربة العدو أو للصوص البحريين » ، وكان مقتضى القياس ايجاب الضمان من باب أولى في حالة هذا الملاح • — ثالثا — على أن المادة ٨٠ من قانون التجارة البحرى تقضى بأنه « اذا قتل أحد البحريين في أثناء دفع العدو أو للصوص البحريين عن السفينة ووصلت بر السلامة فيستحق أجرته بتمامها عن جميع السفر أيا كانت كيفية التجارة • ويقول الطاعن ان بناء

الحكم على ما تقدم مخالف لقواعد المسؤولية المدنية كما هو مخالف لأحكام قانون التجارة البحرى ، أما المخالفة الأولى فوجهها أن تأجير الباخرة ولو لدولة محاربة ليس خطأ فى ذاته فضلا عن أنه ليس هو السبب المباشر للخرق ، وأما المخالفة الأخرى فوجهها أن أحكام قسانون التجارة البحرى انما هى استثناء من أحكام القانون المدنى وليس يصح التوصل بالقياس لتوسعة الاستثناء ، ثم ان القياس طريق من طرق استنباط الأحكام انما يصح شيئا لم يرد فيه نص ، وفقد الملاح قد نصت على حكمه المادة ٨٠ فكان قياسه على غيره ممتنعا ، على أن هذه المادة اذ تحدثت عن قتل الملاح قد اشترطت أن يكون قتله قد وقع بسبب دفع العدو أو لصوص البحار عن السفينة ، وهى لم تجعل لورثة الملاح فى حالة تحقق هذا الشرط غير الحق فى أخذ أجرته اذا ما بلغت السفينة بر السلامة .

وحيث ان رب العمل ليس له أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه فان هو فعل صح اعتباره مخرلا بعقد الاستخدام اخلالا يصلح أساسا لمسئوليته ، ولما كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاهى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معترم تأجيرها لدولة محاربة وأن هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علما بهذا التأجير وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم فلا مخالفة للقانون اذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه فى حق عماله . هذا واذا كانت المحكمة المذكورة قد رتبت على هذا الخطأ مسؤولية الطاعن عن فقد ملاهى السفينة على اعتبار أن هذا العقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فان رأيها فى ذلك انما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه .

وحيث انه متى استقام الحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية كان ما ورد فيه خاصا بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تريدا وكان ما جاء فى الطعن منصبا عليه غير منتج .

(القضية رقم ٣٣ سنة ١٧ القضائية • الدائرة المدنية المشكلة
برئاسة محمد المفتى الجزائري بك ، وعضوية سليمان حافظ بك ،
ومصطفى مرعى بك ، وأحمد حلمى بك ، وعبد الرحيم غنيم بك) •

تعليق (٥) : فى هذا الحكم ثلاث مسائل تسترعى النظر : الأولى
مسئولية رب العمل مسئولية تعاقدية عما يصيب سلامة العامل فى بعض
الأحوال ، والثانية اعتبار وصف الخطأ فى الفعل الضار مسألة قانونية
يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض ، والثالثة اعتبار علاقة
السببية بين الخطأ والضرر مسألة واقعية لا يخضع القاضى فى استنباطها
لرقابة محكمة النقض •

١ — أما المسألة الأولى ، فتتصل بجدل كبير أثير — قبل صدور
توانين إصابات العمل فى فرنسا وفى مصر — حول مسئولية رب العمل •
فقد كان تطبيق القواعد العامة على هذه المسئولية يقتضى ثبوت خطأ فى
جانب رب العمل أدى الى اصابة العامل وكان يوجب على العامل أن يثبت
وقوع الخطأ من رب العمل ، وكانت نتيجة ذلك عجز العامل فى غالب
الأحوال عن الاثبات وحرمانه من التعويض باعتبار أن هذه الإصابات
نتيجة للمخاطر الملازمة لطبيعة العمل وأن العامل قد قبل هذه المخاطر
عند التحاقه بالعمل • فأنار ذلك شعور العدالة عند المحاكم والشراح ،
فحاولوا انصاف العامل بشتى الطرق ، وأهمها الأخذ بالمسئولية الشيئية
أو بنظرية مخاطر الحرفة ، والتوسع فى المسئولية التعاقدية باعتبار رب
العمل ملتزما بضمان سلامة العامل طول مدة وجوده فى العمل (راجع
كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩ وما بعدها والنسخة
الفرنسية منه ص ٣٣ وما بعدها) • غير أن فكرة المسئولية التعاقدية هذه
لم تصادف نجاحا لدى المحاكم الفرنسية والبلجيكية ، ولم يأخذ بها

(٥) منشور فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ص ١٢٥ وما
بعدها من قسم القضاء •

في مصر غير حكم واحد (اللبان الجزئية ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ — ١٦٢ — ٩٣ المحاماة ٤ — ٦٦٨ — ٥٠٤) • وتغلّبت فكرة القائلين بنظرية مخاطر الحرفة فأخذ بها المشرع الفرنسي في قانون ١٨ ابريل ١٨٩٨ وما أدخل عليه من تعديلات الى أن استبدل به قانون ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ المعدل بقانون ١٠ سبتمبر ١٩٤٧ و ١٢ يناير ١٩٤٨ ، وأخذ به المشرع المصري في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل • ومنذ ذلك الحين جرى القول بأن مسؤولية رب العمل ليست مسؤولية تعاقدية ولا مسؤولية تقصيرية ، وانما هي مسؤولية قانونية أي مفروضة على رب العمل بحكم القانون وبقطع النظر عن وقوع خطأ منه ، سواء كان ذلك الخطأ عقدياً أو غير عقدي •

غير أنه يلاحظ أن المشرع اذ خفف بهذه القوانين من شروط مسؤولية رب العمل قد وضع في مقابل ذلك حداً للتعويض الذي يقضى به للعامل المصاب بموجب هذه المسؤولية القانونية ، فقدر التعويض تقديراً جزائياً يجعله دون التعويض الكامل الذي يستحق طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية ، وحرّم على العامل المصاب أن يتمسك بتلك القواعد العامة ليحصل على التعويض الكامل الا اذا استطاع أن يثبت وقوع خطأ فاحش من رب العمل (المادة ٦٧ من القانون الصادر في فرنسا في ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ والمادة الرابعة من القانون الصادر في مصر برقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) •

والقضية التي صدر فيها الحكم محل هذا التعليق تتعلق بمسؤولية صاحب السفينة عن فقد أحد عمالها أو ملاحيه • والأصل في هذا النوع من الحوادث أن يسرى عليه القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل حيث تنص المادة الأولى منه على أن عبارة المحال الصناعية التي يسرى عليها هذا القانون تشمل : « (د) نقل الركاب أو البضائع بطريق البر أو بالسكك الحديدية أو بطرق النقل البحرية أو النهرية أو الهوائية ، ويشمل ذلك شحن وتفريغ البضائع في الأحواض والأرسف والموانئ ومخازن الاستيداع مع عدم الاخلال بالحقوق المقررة للبجارة بمقتضى

قانون التجارة البحرية » ، فكان يجوز لورثة العامل المفقود أن يحصلوا على التعويض الذى يقدره هذا القانون جزافا دون أن يكلفوا اثبات خطأ صاحب السفينة • ولكن يظهر أنهم لم يشاءوا أن يكلفوا بالتعويض الجزاف وطالبوا بالتعويض الكامل تأسيسا على نصوص قانون التجارة البحرية من جهة ، وعلى القواعد العامة فى المسؤولية المدنية من جهة أخرى •

ويلاحظ فى شأن هذين الأساسين أن أولهما جائز الاستناد اليه بالرغم من انطباق القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ على هذه الحادثة لأن المادة الأولى فقرة من هذا القانون جعلت تطبيقه على عمال النقل البحرى مقيدا بعدم الاخلال بالحقوق المقررة للبحارة بمقتضى قانون التجارة البحرية • أما الاستناد الى القواعد العامة فى المسؤولية المدنية فلا يجوز طبقا للمادة ٤ من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الا اذا كان الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب رب العمل •

والظاهر أن محكمة الاستئناف بنت حكمها على كلا الأساسين ، وكانت تستطيع أن تكتفى بأولهما دون الثانى ، فكان الاستناد الى وقوع خطأ من صاحب السفينة فى نظرها حجة اضافية رائدة ، فلم تدقق فيها ، ولم تلاحظ فى شأنها حكم المادة الرابعة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ •

أما محكمة النقض ، فبالعكس من ذلك بحثت الأساس الثانى قبل الأول واكتفت به ، فكان جديرا بها أن تلاحظ حكم المادة الرابعة من قانون اصابات العمل وأن تشترط من الناحية القانونية أن يكون خطأ صاحب السفينة خطأ فاحشا ، وما كان ذلك ليغير من الحكم فى الموضوع شيئا لأن وقائع الدعوى تسمع باعتبار الخطأ الذى وقع من صاحب السفينة بتأجير سفينته الى دولة محاربة مع علمه أن فى ذلك زيادة المخاطر التى يتعرض لها بحارته خطأ فاحشا •

بقى أن المحكمة وصفت هذا الخطأ بأنه اخلال بعقد الاستخدام يصلح أساسا لمسؤولية صاحب السفينة ، أى أنها اعتبرت هذه المسؤولية

مسئولية عقدية • وقد يبدو أول الأمر أن في هذا القول رجوعا الى الفكرة القديمة التي نادى بها فريق كبير من الشراح قبل صدور قوانين اصابات العمل ، وتجاهلا لهذه القوانين التي جعلت مسؤولية رب العمل مسئولية قانونية ليس مصدرها العقد ولا التقصير • غير أنه بامعان النظر في هذه القوانين يتضح أن المسئولية القانونية التي فرضتها لا تجب المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية جبا ، بل تقتصر على تضيق مجال تطبيقها وقصره على الحوادث التي تكون ناشئة عن خطأ فاحش من رب العمل • سواء كان ذلك الخطأ عقديا أو غير عقدي • فإذا قالت محكمة النقض أن رب العمل إذا استقل بفعل ما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذي استخدم العامل لأدائه فإنه يعتبر مخطئا بعقد الاستخدام !خلاا يصلح أساسا لمسئوليته ، فقد أصابت الحقيقة بذلك • على أن يكون مفهوما أن هذا الاخلال اذا وقع في حادثة مما يسرى عليه قانون اصابات العمل لا يجوز تطبيق قواعد المسئولية التعاقدية عليه الا اذا أمكن اعتباره خطأ فاحشا كما في القضية موضوع الحكم محل هذا التعليق •

٢ - والمسألة الثانية التي تستخلص من هذا الحكم هي أن المحكمة العليا تعتبر تكيف الفعل الضار ووصفه بالخطأ مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض • فقد قالت المحكمة كلمتها في شأن وصف ما وقع من رب السفينة ، وكان الطاعن قد تدرع بأن مجرد تأجير السفينة الى دولة معاربة لا يصح اعتباره فعلا خاطئا ، ورأت محكمة الاستئناف أن التأجير في هذه الظروف يعتبر خطأ من حيث انه عمل استقل به صاحب السفينة وترتب عليه زيادة المخاطر الملازمة لطبيعة العمل الذي تعاقد العامل على أدائه ، وليس من حق أحد طرفي انعقد أن ينفرد بفعل ما من شأنه زيادة أعباء الطرف الآخر • وقد راقبت محكمة النقض هذا التكيف وقالت أن لا مخالفة فيه للقانون •

ومن المهم في هذه المسألة إبراز مذهب محكمة النقض هذا ، لأن فيه توكيدا لعدولها عما سبق أن قررت في حكم ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ من

أن « قاضى الموضوع يستخلص المسؤولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه في ذلك » (القانون والاقتصاد ٦ ملحق العدد ٦ و ٧ ص ٢٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية ١ - ١١٥٦ - ٣٧٦) • ولا شك في أن المبادئ الصحيحة تقضى بعكس ذلك ، لأنه مادام الخطأ ركنًا في المسؤولية ، فالفصل في توافره أو عدم توافره يعتبر فصلًا في مسألة قانونية • وقد سبق لمحكمة النقض أن قررت « أن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره ... أما وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهو من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض » (نقض مدنى ١١ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٤ - ١ - ٢١٩ - ١٢٢ مجلة القانون والاقتصاد ٤ ملحق العدد ٣ ص ٥٣ ، وأنظر نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ - ٨١٢ - ٤١٧ ، نقض مدنى ٩ أبريل ١٩٣٦ مجلة القانون والاقتصاد ٦ ملحق العدد ٦ و ٧ ص ١٧٦ ، نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٣٦ المرجع السابق ص ٢٢٢ ، نقض ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ - ٥٩٩ - ٢٩٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٢١٤ - ٧٧ ، وقارن نقض ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ - ١١ - ٤) •

٣ - ومن عجب أن محكمة النقض ، مع أخذها بهذا المذهب فيما يذملق بتقدير توافر الخطأ أو عدمه ، ذهبت الى عكسه فيما يتعلق باستخلاص رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فقررت أنه « اذا كانت محكمة الموضوع رتبت على خطأ الطاعن مسئوليته عن فقد ملاحى سفينته على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها 'نما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه » •

ويلاحظ على ذلك أن السببية ركن فى المسؤولية كالخطأ سواء بسواء ، وأن تقدير توافرها أو عدمه مسألة قانونية يترتب عليها الحكم بالمسؤولية أو بعدمها ، فيجب أن يخضع قاضى الموضوع فى استنباطه رابطة السببية من وقائع الدعوى لرقابة محكمة النقض كما يخضع لها

في استخلاص وصف الخطأ من الوقائع • وقد سبق لمحكمة العليا أن قضت بذلك حيث قررت أن « ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ عن ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، هما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض » (نقض ١١ يناير ١٩٣٤ السابق الاشارة اليه ، وأنظر أيضا نقض ٩ أبريل ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه كذلك ، ونقض ٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٥ — ٨٧ والأحكام الأخرى المشار اليهما في نهاية النبذة السابقة) (٥ مكرر) •

مسئولية الدولة عن الأضرار الناتجة من الأعمال الواقية من خطر الفيضان (٦) : في سنة ١٩٣٤ كان فيضان النيل عاليا جدا وخارقا للمعادة الى درجة كانت تتذر بالخطر الشديد على البلاد ، وكان لبعض الملاك في كفر الزيات أطيان تقع بين جسر النيل القديم وجسره الجديد • ولما كان الجسر ضعيفا ويخشى عليه من القطع في كل لحظة بفعل تيارات المياه الشديدة وبحكم تركه وإهماله ، وكان يترتب على قطع هذا الجسر غجأة اندفاع المياه بشدة نحو الجسر الجديد ثم قطعه مما يؤدي الى حدوث غرق عام ، لجأت مصلحة الري الى وسيلة تتفادى بها هذا الخطر بأن قطعت الجسر القديم الملاصق للمياه بطريقة نية لتتدخل المياه رويدا رويدا وتغمر أرض أوئك الملاك ثم تتصل بالجسر الجديد فيتشبع بها ويتحمل مقاومة المياه ويؤدي الحماية اللازمة ، رفع هؤلاء الملاك الدعوى على مصلحة الري بطلب التعويض عن غرق أطيانهم ، ودفعت المصلحة الدعوى بأن لها حقوق ارتفاق على تلك الأطيان مستتدة في ذلك الى المادة ١٠ من القانون المدني ، واعتبرت بأنها قطعت الجسر لأنه كان يخشى عليه من القطع ولم تقل أن قطعه بفعل الطبيعة كان محتملا وأن

(٥ مكرر) انظر احكام القضاء اللاحقة لذلك في كتابنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧١ نبذة ١٦٧ ص ٤٦٢ .
(٦) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٣٣ .

أرض المدعين كان لابد من غرقها بدون تدخل منها .

فقررت محكمة الاستئناف في ٧ مارس ١٩٣٧ (المحاماة ١٧ — ١١٨٥ — ٥٩٣) أنه لا محل لتمسك وزارة الأشغال بالمادة العاشرة من القانون المدني عن الأعمال الخاصة بالوقاية من الفيضان ، فذكر في المادة الرابعة منه أن الأعمال الواقية من الفيضان وتشمل أعمال الجسور والروؤوس والصلايب والطرايد وغيرها من الأعمال التي يراد بها وقاية الأراضى والبلاد من طغيان المياه تعد عمومية ، ولذلك فالحكومة مكلفة بها جميعا وملزمة بمصاريفها . وحكمت المحكمة بأن الأعمال التي أجرتها الحكومة من قطع جسر النيل وتصريف المياه بأرض المدعين إنما هي من أعمال الوقاية من غائلة الفيضان فتكون الحكومة مسئولة عن تعويض الضرر الناشئ عنها طبقا للمادة الرابعة المشار إليها ، واستندت فوق ما تقدم الى أن تصريف المياه في أطيان المستأنفين على الصورة المتقدمة إنما هو بمثابة استيلاء مؤقت على أرضهم أطلته الضرورة للمنفعة العمومية يستحقون عليه تعويضا طبقا للمادة ٢٢ من القانون الخاص بنزع الملكية للمنافع العمومية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ . ويلاحظ على هذا الحكم أنه لم يبين المسؤولية عن خطأ وقع من المصلحة في قطعها الجسر القديم واغراق أطيان المدعين وإنما هو استند الى قوانين خاصة تلزم الدولة بتعويض الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء أعمال تقوم بها لمنفعة المجموع ، وحتى لا ينتفع المجموع على حساب الفرد بل يتساوى الجميع أمام تكاليف المجتمع تمثيا مع التطور العام في البلاد المتقدمة .

مسئولية مالك البناء (٦) : لم ينقل المشرع المصرى نص المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى الخاصة بمسئولية مالك البناء ، فاختلف الشراح والمحاكم في مصر ، فقال غريق بتطبيق القواعد العامة في هذه الحالة ، ورأى غريق آخر امكان جعل مسؤولية المالك مقترضة بحكم القانون .

(٦) منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، نوفمبر ١٩٣٧ ، ص ١٠٣٣ .

وزاد المسألة تعقيدا أن الشراح في فرنسا منقسمون فيما يتعلق بأساس هذه المسؤولية وبما يجوز أن تدفع به (راجع في أوجه الخلاف المذكورة سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٧ وما بعدها و ص ١٤٢ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٢٤ و ص ١٤١) . وقد رأت محكمة مصر الكلية في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٣٣ (المحاماة ١٦ - ٦٠٩ - ٣٦٦) ، يعد عرض أوجه الخلاف كلها هنا وهناك ، أنه لا يسعها إزاء هذا الخلاف وعدم استقرار الرأي في مصر وفي فرنسا ، الا أن تأخذ بالقواعد العادية خصوصا وان هذا النص (نص المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى) تعتبره هذه المحكمة غير متفق مع قواعد المسؤولية الأساسية ، ولولا ذلك لما احتاج الشارع الفرنسى للنص عليه خاصة (٧) .

(٧) ننقل هنا أسباب هذا الحكم التى تعرضت لأوجه الخلاف في فرنسا وفى مصر ، (ونحن نرى أنه يعوزها شيء من الدقة في عرض الآراء المتعلطة بالقانون الفرنسى) .

« وبما أن نص المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى يقرر بأن مالك المبنى مسئول عن الأضرار الناشئة عن تهمد المبنى ، ذلك التهمد الناشئ عن عدم الصيانة أو لعبع بابائى .

» وحيث أن الفقه والقضاء الفرنسيين مختلفان في تفسير هذا النص ، فبعضهم يقول بأنه يؤخذ من هذا النص أن ليس لمالك العقار أن يفلت من المسؤولية المقررة فيه ، ويعتبر التقصير مغروضا وجوده قبله ، ولا يباح له مطلقا إقالة الدليل بالعكس (راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ٩ أبريل ١٨٩٧ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٧ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٦٤٢ ، وأبضا جوران ص ٨١ ، وسوردا ج ٢ نبذة ٣٥٣) ، والبعض الآخر ، ومنهم معظم علماء القانون ودائرة الالتماس بمحكمة النقض الفرنسية ، يقولون بأن أساس المسؤولية في المادة ١٣٨٦ هو التقصير ، وأن هذه المادة ما هى الا تطبيق للقواعد الواردة في المواد ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون الفرنسى ، وأنه يجب أن يقوم الدليل على توغر الخطأ من جانب المالك (!) . وأن هذه المادة لم تأت خلافا للقواعد الأساسية الا بافتراضها الخطأ افتراضا (!) ، وليس على طالب التعويض الا إقامة الدليل على أن المالك لم يصن أملاكه (!) أو أن هناك عيبا بالبناء . والفرق بين الرايين واضح ، غاته على الراى الاول لا يمكن المالك أن يفلت من المسؤولية ، وأما على الراى الثانى فللمالك الحق في أن يقيم الدليل على أنه ليس هناك أى خطأ من جانبهِ (!) ، ولا يكون لمطالب التعويض الا حق توجيه مطالبه لمن كان هو السبب المباشر في حصول الضرر بخطئه (راجع لوران جزء ٣٠ نبذة ٦٣٩ ، هيك جزء ٨ نبذة ٣٩٩ ، بودرى لكانتيرى جزء ٢ نبذة ١٣٥١ ، بلانيول جزء ٢ نبذة ٢٦٩ ، أوبرى ورو جزء ٤ نبذة ٤٤٦)

والواقع أن الخلاف في فرنسا لم يتناول مبدأ المسؤولية المفترضة على المالك بحكم القانون ، لوجود النص عندهم ، بل اقتصر على تعيين أساس هذه المسؤولية ، أهو الملكية في ذاتها أم هو واجب المالك في رعاية بنائه وصيانتة ؟ والرأى الغالب أن هذه المسؤولية تقع على عاتق المالك ولو لم يكن البناء في رعايته ، أو كان العيب في تشييده أو التقصير في صيانتة راجعا الى أحد الملاك السابقين (نقض فرنسي مدنى ١٩ أبريل ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨ - ١ - ٢٧ ، هيك ج ٨ رقم ٤٥٤ ، مازو نبذة ١٠٣٣ والشرح المذكورين فيها) . وظهر أثر هذا الخلاف أيضا فيما يجوز أن تدفع به هذه المسؤولية ، فرأى بعض الشراح أن هذه المسؤولية لا يجوز دفعها بأى سبب كان (أنظر لالو نبذة ٥٤٧ ، كولان وكابيتان ج ٢ الطبعة السابعة ص ٢٠٦) . ولكن المحاكم أجازت دفعها في بعض الأحوال ، ويستنبط من مجموع أحكامها أن هذه المسؤولية تسقط عن المالك إذا كان عدم صيانة البناء نتيجة خطأ من المجنى عليه أو حادث فجائى ، أما إذا كان عدم الصيانة أو عيب البناء اشترك مع خطأ المجنى عليه أو مع الحادث الفجائى في أحداث الضرر ، فحينئذ يكون لتهدم البناء سببان ، وتوزع المسؤولية بينهما إذا كان السبب الثانى خطأ المجنى عليه ، أما ان كان القوة القاهرة تفتى المسؤولية كاملة على عاتق المالك (راجع هذه الأحكام في كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٤٧ وباللغة الفرنسية ص ١٤٥) .

أما في مصر فالخلاف على أصل تطبيق المسؤولية المفترضة بصحكم

« وبما أن الفقهاء المصريين قد اختلفوا فيما بينهم ، فالاستاذ عبد السلام بك ذهنى يرى وجوب الإخذ بنص المادة ١٢٨٦ باعتبار أنها تقر مبدأ قانونيا سابيا يتفق مع الضرورات الاجتماعية ، وذلك باعتبار أن هذه المادة مؤيدة لنظرية المسؤولية الشبئية ، ويرى المسيو دى هلنس أن يرجع في تقدير المسؤولية في هذه الحالة الى العدالة (يراجع كتابه ج ٤ نبذة ١٤٣ وكتاب الاستاذ عبد السلام ذهنى بك في الالتزامات ص ٧٧٧) . »
« وحيث انه اراء هذا الخلاف وعدم استقرار الرأى في مصر أو في فرنسا ، لا يسع هذه المحكة الا أن تأخذ بالقواعد المعادية خصوصا وأن هذا النص تعتبره هذه المحكة غير متفق مع قواعد المسؤولية الاساسية . ولولا ذلك لما احتاج الشارع الفرنسى للنص عليه خاصة (راجع مذكرات الاستاذ والتون في المسؤولية ص ١١١) » .

القانون ، فالمعارضون لذلك يستندون الى خلو القانون المصرى من نص مقابل للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، والمؤيدون يرون أن المشرع المصرى انما نقل فى ايجاز أحكام المواد ١٣٨٢ الى ١٣٨٦ فرنسى وضمنها المواد ١٥١ أهلى و ٢١٢ مختلط وما بعدهما ، ولم يقصد بهذا الإيجاز أن يحيد عن الأحكام التى قررتها تلك المواد . وقد أخذت بكل من الرايين أحكام عدة ، واستمر الخلاف منذ انشاء محاكمنا المختلطة والأهلية الى الآن . وقد يبدو عجيبا أن يستمر طوال هذه المدة ، ولكن بالتأمل يتضح أن استمراره راجع الى أنه ليس للفرق بين النظريتين أثر عملى فى التطبيق ، إذ أن الأحكام التى اعتبرت هذه المسئولية مقترضة بحكم القانون جعلت أساسها افتراض الخطأ فى رعاية البناء وليس مجرد الملكية كما فى القانون الفرنسى ، فإذا عجز المالك عن اسناد عدم الصيانة أو عيب البناء الى خطأ أحد الملاك السابقين أو الى شخص يكون قد وضع البناء تحت رعايته ، فإنه يبقى مسؤولا بغير حاجة بالمحكمة الى الاستناد الى قرينة قانونية غير منصوص عليها فى تشريعنا ، إذ يمكن استنباط خطئه من واقعة عيب البناء أو عدم صيانتة عن طريق قرائن الأحوال . أما أن استطاع المالك اسناد عدم الصيانة أو عيب البناء الى شخص آخر فلا تكون للقرينة القانونية أية فائدة إذ يتحتم سقوطها عند اقامة الدليل على خطأ أحد الملاك السابقين أو يجب انتقالها الى عاتق من يكون المالك وضع البناء تحت رعايته ، وذلك بخلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث تلازم هذه المسئولية المالك بصفته مالكا .

يتضح اذن من ذلك أن المحاكم المصرية ، سواء اعتبرت مسئولية مالك البناء مقترضة بحكم القانون أم اعتبرتها خاضعة للقواعد العامة ، بعيدة كل البعد عن اتباع حكم المادة ١٣٨٦ فرنسى كما طبقها القضاء فى فرنسا ، وأنها اذا أرادت أن تصل الى جعل مالك البناء أو حارسه مسؤولا ، أمكنها ذلك عن طريق أى من الرايين ووصلت فى كلتا الحالتين الى نتائج عملية واحدة (٨) .

(٨) أنظر حكم التقنين المدنى الجديد فى هذا الشأن فى مؤلفنا المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية الطبعة الاولى سنة ١٩٦٠ الجزء التالى ص ١٥٢ .

ثالثاً — متنوعات في المسؤولية المدنية

(أ) المسؤولية عن الفعل الضار في التقنين المدني الجديد .

(ب) نظرية دفع المسؤولية المدنية (ترجمة مقال نشر في مجلة :

L, Egypte Judiciare السنة الخامسة العدد ١٥٨ بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٣٦ متضمناً ملخص رسالتنا المقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في سنة ١٩٣٦ مع تقديم للرسالة المذكورة بقلم الأستاذ ليون مازو .

المسئولية عن الفعل الضار في التقنين المدني الجديد

(مقالان في الأحكام العامة للمسئولية المدنية)

والأحكام الخاصة بالمسئولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء (*)

كان التقنين المدني الملغى في غاية الاقتضاب فيما يتعلق بالمسئولية المدنية ، فلم يورد في شأنها سوى ثلاثة نصوص موجزة (م ١٥١ — ١٥٣) ركز فيها أشد التركيز أحكام خمس من مواد التقنين الفرنسى هي كل ما تضمنه ذلك التقنين في هذا الشأن (م ١٣٨٢ — ١٣٨٦) •

وكان أن اتسعت منذ صدور التقنين المدني الملغى دائرة المسئولية المدنية اتساعا كبيرا وتعددت قضاياها وتشعبت موضوعاتها ، سواء أكان ذلك في فرنسا أم في مصر • وقد أظهر ذلك قصور التقنين الفرنسى في هذا الشأن ، وأبرز من باب أولى عيب الاقتضاب المخل في التقنين المصرى الملغى •

وقد حاول الفقه في كلا البلدين أن يسد النقص ، فتعددت نظرياته وتنوعت ، وظهرت فيها نزعتان رئيسيتان : نزعة المذاهب الشخصية ونزعة المذاهب المادية ، الأولى تنظر الى المسئولية المدنية من ناحية شخص الفاعل وتوافر أسباب ادانته أو عدم توافرها ، والثانية من ناحية الضرر الذى أصاب الغير وضرورة تعويضه وهي تتجاوز عن شرط الخطأ وتكتفى بتسبب الفاعل في حصول الضرر • وقد تفرعت على هاتين النزعتين نظريات متعددة ، كان بعضها يهدف الى توسيع دائرة المسئولية في المذاهب الشخصية ، وبعض آخر يرمى الى وضع حدود للمسئولية التى تقول بها المذاهب المادية •

وكانت مهمة القضاء في هذه الظروف شاقة ، ولكنه اضطلع بها على أكمل وجه ، اذ اجتهد في تقرير الكثير من المبادئ والأحكام ، ولكن في الحدود التي رسمها المشرع للمسئولية المدنية على أساس النظرية التقليدية . وكثيرا ما ضاق بهذه الحدود وحاول الخروج عليها أو أعرب على الأقل عن أمله في أن يتدخل المشرع ليوسع منها .

وقد تكونت من مجموعة أحكام المحاكم المصرية ثروة قانونية قيمة كان لزاما على المشرع الحديث أن يتخذها أساسا لوضع أحكام المسئولية المدنية في التقنين المدني الجديد .

وقد نص هذا التقنين على أحكام المسئولية المدنية في الكتاب الأول منه الخاص بالالتزامات ، وخصص لها الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزامات ، وتنقسم هذه الأحكام الى أحكام عامة تعتبر هي الأصل في المسئولية ما لم يوجد نص يخالفها (م ١٦٣ — ١٧٢) . وأحكام خاصة تعتبر استثناء من الأولى وهي تتعلق بالمسئولية عن عمل الغير (م ١٧٣ — ١٨٥) وبالمسئولية الناشئة عن الأشياء (م ١٧٦ — ١٧٨) .

وسنعرض في هذا البحث للأحكام العامة في المسئولية المدنية ونفرد البحث التالي للأحكام الخاصة .

— ١ —

الأحكام العامة في المسئولية المدنية

أولا — أركان المسئولية :

استلهم المشرع الأحكام العامة في المسئولية المدنية بتقرير القاعدة الأساسية في هذا الموضوع ، فنص في المادة ١٦٣ على أن « كل خطأ

سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » فأبرز في هذه العبارة الموجزة ثلاثة أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر والسببية ، وما يترتب على توأمرها من التزام بالتعويض .

١ - الخطأ :

وظاهر أن المشرع التزم في ذلك النظرية التقليدية التي تجعل أساس المسؤولية المدنية الخطأ ، ولم يتأثر بالنظريات المادية فوجب مراعاة ذلك في تفسير هذه الأحكام .

وقد تحاشى المشرع في التقنين الجديد كما في التقنين الملغى أن يعرف الخطأ تاركاً ذلك إلى المحاكم والشرح . وقد عرفت المحاكم المصرية الخطأ بأنه عدم الوفاء بالتزام أوجبه القانون . وأهم هذه الالتزامات الالتزام العام بالاحتياط لعدم الأضرار بالغير (٨) .

ومتى ثبت وجود الواجب القانوني كان كل إخلال به خطأ يستوجب المسؤولية ، سواء اتخذ ذلك الإخلال صورة القيام بعمل ممنوع أو الامتناع عن عمل واجب ، وسواء حصل عن عمد أو عن إهمال . وقد نص المشرع على صورة مستحدثة من صور الخطأ ، هي الخطأ باستعمال الحق استعمالاً غير مشروع *abus de droit* ، ولكنه لم ينص عليها في الفصل الخاص بالعمل غير المشروع بل في الباب التمهيدي الذي صدر به التقنين الجديد (المادة الخامسة من التقنين) لأنه رأى في نظرية إساءة استعمال الحق من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع .

ولما كان القانون لا يتوجه بالخطاب إلا إلى شخص مميز يستطيع أن يفهم أوامره وأن يقوم بتنفيذها ، كان تكليف أى شخص بواجب أو

(٨) انظر في اعتبار الالتزامات التي يعد الإخلال بها خطأ مذكراتنا في الفعل الفسار سنة ١٩٤٨ ص ٣١ نبذة ٢٨ وما بعدها ، وراجع ما تقدم في ص ٩ وما بعدها .

التزام قانوني يفرض عليه سلوكا شخصيا معينا يفترض في هذا الشخص توافر التمييز ، ولما كانت النظرية التقليدية تجعل الخطأ أساس المسؤولية، تعين أن تشترط في المسؤول توافر التمييز ، لأنه لا خطأ دون التزام سابق ، ولا التزام دون تمييز . ولذلك قضت المحاكم عندنا بأن جنون المتهم يرفع المسؤولية الجنائية وينفى عنه المسؤولية المدنية .

وبناء على ذلك إذا وقع الفعل الضار من شخص وهو قاصر غير مميز أو مجنون أو سكران فاقد الوعي ، فلا مسؤولية على ذلك الشخص الا اذا كان جنونه أو غفده الوعي راجعا الى خطأ منه .

غير أن المشرع رأى أن الأخذ في هذا الشأن بالنظرية التقليدية على إطلاقها يجافي العدالة في حالة عديم التمييز طائل الثراء اذا ألحق بالغير ضررا بالغاً (قتل عائلته مثلا) ، فقرر في هذه الحالة نوعا من المسؤولية المدنية يجوز أن يلجأ اليه بصفة احتياطية اذ نص في المادة ١٦٤ فقرة ثانية على أنه « ... اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم » . ويلاحظ في هذه المسؤولية شذوذها من حيث انها أولا مسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ ، وثانيا مسؤولية احتياطية لا يمكن قيامها الا اذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز أو وجد وتعذر الحصول منه على التعويض لاعساره ، وثالثا مسؤولية جوازية أى أن للقاضي أن يأخذ بها أو أن لا يأخذ ، ورابعا مسؤولية مخففة أى أنه لا يترتب عليها حتما الحكم بتعويض كل الضرر كما في أحوال المسؤولية الأخرى ، بل يصح أن يقتصر التعويض فيها على القدر الذى يراه القاضى كافيا لارضاء العدالة مع مراعاة مركز الخصوم ، كدرجة يسار المسؤول ومقدار تأثر المصاب بما لحقه من ضرر ودرجة حاجته الى التعويض ... الخ .

انتفاء الخطأ :

وبعد أن قرر المشرع تأسيس المسؤولية بوجه عام على الخطأ ، نص على بعض أسباب تزيل صفة الخطأ عن الفعل الضار الذي يعتبر في أصله خطأ ، تلك هي الدفاع الشرعى (م ١٦٦) ، وتنفيذ أمر الرئيس (م ١٦٧) ، والضرورة (م ١٦٨) . وقد قنن المشرع بذلك ما جرت به أحكام المحاكم في هذا الشأن تفريعا على النظرية التقليدية في المسؤولية المدنية ومراعاة للموامة بين هذه المسؤولية والمسؤولية الجنائية .

ويلاحظ أن نص التقنين الجديد على هذه الأسباب الثلاثة لا يستتفد كل أسباب الاباحة ولا يمنع من وجود غيرها ، وانما خص المشرع هذه الأسباب الثلاثة بالنص لأنه وجد فيها خفاء ، أو أراد أن يحسم بشأنها نزاعا ، أو أن يرتب عليها حكما خاصا .

فالدفاع الشرعى يعتبر بالشروط المقررة في قانون العقوبات (م ٢٤٥ وما بعدها) حقا للمعتدى عليه . واستعمال هذا الحق في حدوده لا يعتبر خطأ ولا تترتب عليه مسؤولية ولو نشأ عنه ضرر للمعتدى . غير أنه يشترط في ذلك ألا يجاوز الشخص في دفاعه القدر الضرورى لدفع الاعتداء ، والا اعتبر مجاوزا حدود حقه ومرتكبا خطأ يستوجب مسؤوليته ، ولكن المشرع رأى أن يخفف المسؤولية في هذه الحالة فنص في المادة ١٦٦ على أن من جاوز حدود الدفاع الشرعى يصبح « ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . والمقصود بذلك تخفيف المسؤولية لا بمراعاة مركز الخصوم كما في الحالة التى نصت عليها المادة ١٦٤ لفقرة ثانية ، ولكن باعتبار أن خطأ من جاوز حدود الدفاع الشرعى لم يكن ليقع منه لولا خطأ المعتدى الأسمى في اعتدائه ، أى باعتبار الضرر الذى أصاب المعتدى عليه نتيجة لوقوع خطأ من كل من الطرفين ، وهى الحالة المصطلح على تسميتها بحالة الخطأ المشترك (أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية ٢ ص ١٨٦) .

ويلاحظ أنه بالرغم من قصر المادة ١٦٦ على حالة استعمال حق

الدفاع ! شرعى ، فان حكمها من حيث الاباحة ورفع وصف الخطأ عن الفعل الضال ينطبق على استعمال أى حق آخر مقرر بمقتضى القانون ، لأن الفعل متى كان استعمالا مشروعا لحق معين فلا يعتبر خطأ ولو نشأ عنه ضرر للغير . • وقد نصت المادة ٦٠ ع على أنه « لا تسرى أحكام هذا القانون على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة »
dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi
أى أن كل فعل مما يقع أصلا تحت طائلة قانون العقوبات يصبح غير معاقب عليه اذا وقع استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون كحق الزوج فى تأديب زوجته وحق الولي فى تأديب من فى ولايته وحق الصيدلى والطبيب فى حيازة المواد المخدرة وحق المالك الذى يهدم حائطا أو حدا أقامه آخر على أرضه دون حق . فإذا كان استعمال الحق يرفع عن الفعل صفة الجريمة الجنائية ، فهو ينفى صفة الخطأ المدنى أولى . وبناء على ذلك لا يسأل الزوج ولا الولي عن الضرب الذى يقع منهما استعمالا لحق التأديب مادام لم يجاوز حدود هذا الحق ، ويسألان عنه اذا جاوز هذه الحدود .

والسبب الثانى من أسباب الاباحة التى نص عليها التقنين الجديد قد ورد مقصورا على الموظف العام اذا ارتكب أمرا أضر بالغير ، وكان ذلك تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيس ، سواء كان ذلك الرئيس رئيسه المباشر أو غير المباشر ، غفى هذه الحالة ينتفى وصف الخطأ عن الفعل الضار الذى وقع من الموظف اذا توافرت فيه الشروط الآتية : (١) أن يكون الأمر الصادر من الرئيس الى الموظف واجب الطاعة أو يعتقد الموظف أنه واجب الطاعة ، (٢) أن يثبت الموظف أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة ، (٣) أن يثبت الموظف أنه راعى فى عمله جانب الحيطة (م ١٦٧) •

ويلاحظ أن هذا النص يقابل المادة ٦٣ ع . وأن أساس الاباحة فيه أن الموظف يقوم بتنفيذ أمر واجب عليه تنفيذه أو يعتقد عن حسن نية وفى تبصر أنه واجب عليه . وقد أهمل المشرع فى التقنين المدنى

النص على حالة أخرى وردت في المادة ٦٣ ع هي حالة ارتكاب الموظف الفعل الضار تنفيذا للقانون مباشرة أى دون أن يتلقى أمرا من رئيس كوكيل النيابة اذا ألقى القبض على متهم (١) ، ولا نزاع في أن الموظف في هذه الحالة يقوم بواجبه ولا يمكن أن يعتبر القيام بالواجب خطأ .

ويتضح من ذلك أن ما ينفي عن فعل الموظف صفة الخطأ انما هو قيامه بهذا الفعل باعتباره واجبا عليه . ومادام الأمر كذلك ، فلماذا يختص الموظف العام بهذه الاباحة دون غيره ؟ اليس ينتفع بها مثلا كل فرد شاهد ارتكاب جنائية فقام بما تفرضه عليه المادة ٧ تح . ج . من واجب القاء القبض على الجاني ؟ لذلك نستطيع أن نقرر بصفة عامة أن القانون يرفع وصف الخطأ عن الفعل الضار كلما وقع هذا الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياما بواجب قانوني ، وأن كلا من المادتين ١٦٦ و ١٦٧ مدنى جديد لا تعدو أن تكون تطبيقا لهذا المبدأ في حالة معينة .

أما حالة الضرورة ، فقد نصت عليها المادة ١٦٨ مدنى جديد بقولها « ان من سبب ضرا الغير ليتفادى ضرا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » ، كما نصت المادة ٦١ ع على أن لا عقاب على من ارتكب جريمة تحت تأثير الضرورة . وقد اختلف شراح قانون العقوبات في تعليل الاعفاء من العقاب في هذه الحالة . أما فقهاء القانون المدنى ، فقد أجمعوا على أن أى شخص عادى لا بد أن يعتبر أنه يجب عليه أن يتفادى ضرا كبيرا محدقا به أو بغيره باحداث ضرر أقل ، فكل شخص يفعل ذلك تحت تأثير الضرورة لا يكون مخطئا ولا يسأل عن الفعل الضار (مصطفى مرعى بك نبذة ٦٢ ، مازو نبذة ٤٩٤) . والظاهر أن محكمة النقض قد ذهبت هذا المذهب أيضا ، ويستدل على ذلك بطريق مفهوم المخالفة من حكم أصدرته في ١٧ نوفمبر ١٩٤١ (المحاماة ٢٢ - ٤٦٨ - ١٥٨) قالت فيه « انه اذا كان الفعل

المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالهدامة أهم منه شأنًا وأجل خطرا وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجبا اذا ما لحق الغير ضرر ، وذلك على أساس توافر الخطأ في الموازنة وقت قيام حالة الضرورة بين الضريين لارتكاب أخفهما » . على أن الشراح أضافوا الى ذلك أن انتفاء الخطأ بالضرورة لا ينفي أن الشخص قد أغاد من الضرر الذي أحدثه بالغير أنه توقى الضرر الذي كان يهدده هو ، فيجب عليه أن يعرض الغير طبقا لقواعد الاثراء دون سبب . فإذا كان الفعل الضار قد ارتكب وقاية للغير ، وجب التعويض على هذا الغير وفقا لهذه القواعد (مازو نبذة ٤٩٤) .

غير أن المشرع لم يأخذ فيما نص عليه في المادة ١٦٨ بأي من هذه الآراء ، فلا هو أخذ برفع المسؤولية عن محدث الضرر رفعا تاما ، ولا هو اكتفى بالزامه اذا توافرت فيه شروط الاثراء دون سبب ، بل نص على الزامه في جميع الأحوال « بالتعويض الذي يراه القاضى مناسبا » ، وقال في المذكرة الايضاحية انه قصد بذلك تخفيف المسؤولية في هذه الصورة عوضا عن الإبقاء عليها أو نفيها في جملتها ، وهذا دون اخلال بالتزام الغير الذي وقع وقاية له وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب .

ويبدو من ذلك أن المشرع قد خرج في هذه الحالة أيضا على النظرية التقليدية لأنه استبقى الالتزام بالتعويض في حالة لا خطأ فيها ، وأنه لذلك جعل تقدير التعويض مطلقا في يد القاضى يحكم فيه بما يراه مناسبا للظروف دون تقيد بالقواعد المقررة في تقدير التعويض . وأغلب الظن أن القاضى لن يرى حاجة الى الحكم بهذا التعويض ، كلما أمكنه تطبيق قواعد الاثراء دون سبب .

٢ - الضرر :

اكتفى المشرع بذكر الضرر في النص الذي ضمنه القاعدة العامة (م ١٦٣) ، ولا نزاع في ضرورة توافر الضرر لقيام المسؤولية بل اننا نرى أن المدعى بالتعويض يجب أن يثبت الضرر الذي أصابه قبل أي

ركن آخر من أركان المسؤولية (راجع تطبيقنا في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٩ وفيما تقدم ص ١٧١) ، ويستوى في ذلك أن يكون الضرر خسارة لحقت المدعى أو كسبا فاته (م ٢٢١) ، ويجوز أن يكون الضرر ماديا أو أن يكون أدبيا . غير أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يجوز أن ينتقل الحق في التعويض الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (المادة ٢٢٢ فقرة أولى) (١٠) ، على أن الألم النفساني الذي يصيب أقارب المجنى عليه من جراء موته لا يخول الحق في التعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية (م ٢٢٢ فقرة ثانية) .

٣ - السببية :

اشتراط المشرع أن يكون الخطأ قد سبب ضررا للغير (م ١٦٣) ، والاجماع من قديم على أن هذه السببية يجب أن تكون مباشرة ، ولكن الصعوبة كانت دائمة في تعيين ما يعتبر نتيجة مباشرة للخطأ ، غضا التقنين الجديد خطوة موفقة إذ اشتراط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ ، وقرر أن الضرر يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يسكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١ فقرة أولى) (١١) .

والأصل أن على مدعى التعويض أن يثبت توافر السببية المباشرة كما يثبت الخطأ والضرر ، غمتى أثبت هذه الأركان الثلاثة تعذر على المدعى عليه دفع المسؤولية عن نفسه . غير أن الغالب في رابطة السببية بوجه خاص أن يكون ثبوتهما لا من طريق اليقين بل على سبيل الترجيح ، فيسمح عندئذ للمدعى عليه أن يثبت انعدام السببية المباشرة ، وهو يستطيع ذلك اما من طريق مباشر أى باقامة الدليل على انتفاء السببية ، وهى ممكنة لأنها من قبيل اثبات النفي المحدود ، واما من طريق غير مباشر أى باقامة الدليل القطعى على أن الضرر يرجع الى سبب أجنبي عنه .

(١٠) راجع تطبيقنا في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٦١ . وفيما

تقدم ص ٢٦٦ .

(١١) في هذا المعنى استئناف مخطط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٧ ص ٢١٨)

واذا ثبتت السببية المباشرة من طريق اليقين ، فقد يتمكن المدعى عليه من أن يثبت أن الخطأ الذى وقع منه وتسبب مباشرة فى احداث الضرر راجع هو ذاته الى سبب أجنبى عنه بحيث يعتبر هذا أنه السبب الحقيقى فى وقوع الضرر . لذلك نص التقنين الجديد فى المادة ١٦٥ منه على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

ويلاحظ فى شأن ذلك أولا ، أن اثبات السبب الأجنبى لا يدفع المسؤولية عن المدعى عليه الا باعتباره الطريق الايجابى لنفى السببية ، فاذا كان القانون قد نص على دفع المسؤولية بالسبب الأجنبى ، فما ذلك الا من قبيل النص على الغالب ، ولكنه لا يمنع جواز دفع المسؤولية بمجرد نفي السببية .

ويلاحظ ثانيا أن النص ذكر بعض أنواع السبب الأجنبى على سبيل المثال ، فينبغى تعيين المميزات العامة لما يعتبر سببا أجنبيا ، ونرى أنها تنحصر فى عنصرين : أولهما أن يكون ذلك السبب قد جعل وقوع الضرر محتما ، والثانى أن يكون ذلك السبب أجنبيا عن المدين ولا شأن له فيه وهو لا يكون كذلك الا اذا كان غير متوقع الحصول وغير ممكن تلافيه (١٢) .

ويلاحظ أخيرا أن المادة ١٦٥ استثنت من حكمها حالة وجود نص أو اتفاق يخالفه . ومثل النص الذى يقضى خلافا لهذا الحكم نص المادة الثالثة من قانون اصابات العمل ، ومثل الاتفاق المخالف ما نصت عليه

(١٢) راجع فى ذلك كتبنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٨٠ وما بعدها .

المادة ٢١٧ مدنى جديد من أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

ثانياً — احكام المسؤولية :

١ — تقدير التعويض : يترتب على ثبوت مسؤولية الشخص التزامه بتعويض الضرر . وقد نصت المادة ١٧٥ على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر .. طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة » . والمقصود بذلك أن يقدر القاضى التعويض بحسب قيمة الأضرار المادية والأدبية التى تعتبر نتيجة طبيعية لخطأ المسئول ، سواء كانت تلك الأضرار خسارة لحقت المضرور أو كسباً فاته . ويؤخذ من الأعمال التحضيرية أن فى مقدمة « الظروف الملائسة » التى يجب على القاضى أن يراعيها فى هذا التقدير جسامه الضرر واشتراك المضرور فى أحداث الضرر بخطئه .

ويجب أن يعين القاضى فى حكمه مدى التعويض تعييناً نهائياً الا اذا تعذر عليه وقت الحكم معرفة الحد الذى سيقف عنده الضرر . ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يقدر التعويض تقديراً مؤقتاً « وأن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » (م ١٧٥) .

والأصل أن يقدر القاضى التعويض بالنقد ، ولكن يجوز له تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يحكم بالتعويض العينى أو بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار كتنشر الحكم فى الجرائد تعويضاً عن القذف (م ١٧١ فقرة ثانية) . وإذا رأى أن يقدر التعويض بالنقد ، جاز له أن يحدده ببلغ يأمر بدفعه دفعة واحدة أو أقساطاً ، أو أن يقدره بايراد مرتب يدفع للمضرور مدى الحياة أو الى أن يزول عنه الضرر ، وجاز له فى الحالتين الأخيرتين الزام المدين بأن يقدم تأميناً (م ١٧١ فقرة أولى) .

٢ - التضامن : وإذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين ووزعت المسؤولية فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم (م ١٦٩) .

فالتقنين الجديد قد جعل الأصل فى توزيع المسؤولية التقصيرية بين المتضامنين هيها التوزيع بالتساوى - وهذا يتفق مع القاعدة المقررة فى التضامن بوجه عام (م ٢٩٧) كما يتفق مع نظرية تعادل الأسباب فى المسؤولية التقصيرية - غير أنه أجاز للقاضى أن يخرج على هذا الأصل وأن لا يسوى بين المتضامنين فى المسؤولية ، ولكنه لم ينص على قاعدة يستهدى بها القاضى فى ذلك . وكانت المحاكم قد جرت على أن يكون التوزيع تبعاً لجسامة الخطأ ، وقد تضمن مشروع تنقيح القانون المدنى نصاً على ذلك (م ١٧٣ مشروع نهائى) ، ولكن مجلس الشيوخ حذف هذا النص وقال فى حذفه أن للقاضى أن يعدل فى نصيب كل من المسؤولين فى التعويض « حسب تقديره للظروف » ، والظاهر أنه اعتبر جسامة الخطأ داخلة فى ضمن الظروف التى يجب أن يتخذها القاضى أساساً لتقديره .

٣ - التقادم : وفيما يتعلق بتقادم دعوى التعويض ، أتى التقنين الجديد بأحكام مبتدعة . فهو مع احتفاظه بالقاعدة الأصلية التقاضية بتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق أى من يوم وقوع العمل غير المشروع ، خرج عليها بحكمين ، : أحدهما يقضى بتقصير هذه المدة والثانى باطالتها فى بعض الأحوال ، فنص فى المادة ١٧٢ فقرة أولى على أن « تسقط بالتقادم دعوى التعويض ... بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » ، أى أن دعوى التعويض تتقادم فى حالة علم المضرور بوقوع الفعل الضار وشخص المسئول عنه بمضى مدة قدرها ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ ذلك العلم على ألا تتجاوز بأى حال

١٥ سنة من وقت وقوع ذلك الفعل — هالتقادم بثلاث سنوات يسرى لتقصير مدة التقادم الأصلى فى بعض الأحوال ، ولكنه لا يغير فى اطلالتها بأى حال •

أما الحكم الذى قصد به اطالة مدة تقادم التعويض ، سواعانت تلك المدة ثلاث سنوات من تاريخ العلم المذكور أو ١٥ سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار ، فقد ورد فى المادة ١٧٢ فقرة ثانية التى تنص على أنه « اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » •

وظاهر أن المشرع قصد بذلك منع سقوط الدعوى المدنية قبل أن تسقط الدعوى الجنائية المتعلقة بذات الفعل ، ولو كانت مدة تقادم الدعوى المدنية قد انقضت ، لأنه لم يستسغ سقوط الدعوى المدنية الناشئة عن فعل لا تزال الاجراءات الجنائية بشأنه ممكنة ضد غاعله • ولكنه ، على النقيض من المشرع الفرنسى ، لم يمانع فى سقوط الدعوى الجنائية قبل سقوط الدعوى المدنية • فإذا سقطت الدعوى الجنائية قبل أن تنقضى مدة تقادم الدعوى المدنية ، فان القانون الفرنسى يقضى بسقوط هذه الدعوى الأخيرة تبعاً للأولى بالرغم من عدم انقضاء مدة التقادم الخاصة بها ، أى أنه يجعل تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية تؤثر فى تقصير مدة التقادم الخاص بها لا فى اطلالتها • أما فى التقنين المصرى الجديد ، فان هذه التبعية لا أثر لها بأى حال فى تقصير مدة التقادم الخاصة بالدعوى المدنية ، بل يمكن أن تؤثر فى هذه المدة باطلتها الى أن تسقط الدعوى الجنائية فعلاً ، مهما تعددت أسباب وقف مدة تقادم هذه الدعوى أو أسباب انقطاعها •

المسئولية المدنية في التقنين المدني الجديد

(٢)

الأحكام الخاصة بالمسئولية من عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

بعد أن فرغ المشرع من تقرير القواعد العامة في المسئولية المدنية بمناسبة مسئولية الشخص عن فعله الخطأ (١٣)، خرج على بعض هذه القواعد في الحالات التي قرر فيها مسئولية الشخص عن عمل غيره أو مسئوليته عن الأشياء الموجودة في حراسته ، وبخاصة فيما يتعلق بأثبات خطأ المسئول .

هذا التقنين الجديد حذو التقنين الملغى في تقرير مسئولية الشخص عن عمل غيره في حالتين هما حالة مسئولية الشخص عن هم في رعايته (المادة ١٧٣) وحالة مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه (المادة ١٧٤) ولكنه استبدل بالنصوص المقتضية الغامضة نصوصا مفصلة واضحة واختتم هذه النصوص بتقرير مبدأ رجوع المسئول عن غيره على ذلك الغير (المادة ١٧٥) .

١ — مسئولية الشخص عن هم في رعايته — نصت المادة ١٧٣ فقرة أولى على أن « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . فقررت بذلك مسئولية الشخص عن أفعال من هم تحت رعايته

(١٣) أنظر عرض هذه القواعد العامة في بحثنا انشور في العدد السابق من هذه المجلة .

مسئولية مقترضة تقوم دون حاجة الى اثبات خطأ المسئول وخرجت بذلك على حكم القواعد العامة التي توجب على مدعى التعويض اثبات خطأ المدعى عليه .

وكان التقنين الملغى أيضا يقرر هذا الاستثناء من القواعد العامة في المادة ١٥١ فقرة ثانية منه ولكن عبارته كانت سقيمة مضطربة اقتضت الفقه والقضاء جهدا طويلا لتحديد معناها ووضع الضوابط لها . أما التقنين الجديد فقد سجل نتيجة هذا الجهد المشكور في عبارة المادة ١٧٣ المتقدمة وقضى بذلك على كثير من الخلافات التي ثارت حول النص القديم والتي مازال بعضها محتدما في المحاكم الى الآن .

كانت المادة ١٥١ فقرة ثانية قديم تقابل المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى وقد نصت الأخيرة — الى جانب مسئولية السيد والمتبوع — على مسئولية بعض أشخاص معينين عن يعتبرون في رعايتهم ، ولكنها ذكرت هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر ووضعت قيودا لمسئولية كل منهم فنصت على مسئولية الأب والأم عن أولادهم القصر المقيمين معهم وعلى مسئولية المربي عن تلامذته ومسئولية معلم الحرفة عن صبياناه . أما المادة ١٥١ فقرة ثانية مدنى قديم فقد نصت بوجه عام على الزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ للغير عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته اياهم ، ولم تبين الأشخاص الذين يسألون عن فعل الغير كما بينتهم المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ولكن الفقه والقضاء في مصر لم يترددا في تقرير مسئولية الأشخاص الذين ذكرتهم المادة الفرنسية بالاستناد الى عموم نص المادة المصرية ، بل ذهب بعضهم الى أن هذا النص الأخير يتسع لجعل أشخاص آخرين غير من ذكروا في المادة الفرنسية مسئولين عن فعل من يكون في رعايتهم . كمسئولية الولى أو الوصى عن فعل القاصر ومسئولية الزوج عن فعل زوجته الخ . وخالفهم بعض آخر في ذلك بل ان الخلاف تناول أيضا مسئولية بعض من نصت عليهم المادة الفرنسية وبخاصة مسئولية

الأب عن فعل ولده والى أى حد تمتد هذه المسؤولية ، أيسأل الأب عن فعل ولده آیا كانت سن الولد ، أم تنتهى مسؤوليته ببلوغ الولد سن الرشد المالى (٢١ سنة) ، أو بزوال ولاية الأب على نفس ولده (أى ببلوغ الولد ١٥ سنة على الأكثر ؟) (أنظر فى ذلك سليمان مرقس فى تعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٦ ص ١٤٥ وما بعدها ، و س ١٣ ص ٣٣٥ وما بعدها ، و س ٧ ص ٨٨٤ وما بعدها وما تقدم فى ص ٣٦٢) •

لذلك تعين عند وضع التقنين الجديد ايجاد نص عام واضح لتحسم به الخلافات السابقة فنصت المادة ١٧٣ فقرة أولى بوجه عام على مسؤولية « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ... » ، وظاهر أن هذا النص قد بنى مسؤولية هؤلاء الأشخاص على افتراض اخلاصهم بواجب الرقابة الواقع عليهم بمقتضى القانون أو الاتفاق ، فهو يخرج على القواعد العامة من حيث انه يفترض حصول هذا الاخلال أو الخطأ فلا يتطلب اثباته ، ولكنه لا يعنى مدعى التعويض من اثبات قيام واجب الرقابة فى ذمة المدعى عليه • فهو يجعل مناط هذه المسؤولية قيام واجب الرقابة ، ولايد فى قيام هذا الواجب من أن يكون الشخص الذى ارتكب الفعل الضار فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية كان يكون قاصرا أو بالغا معتوها أو مجنونا أو بالغا عاقلا ولكنه أعمى أو مشلول الخ • وأن تناط رقبته بشخص آخر سواء كان ذلك بمقتضى القانون أو بموجب اتفاق •

وهيما يتعلق بالقاصر نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ على أنه « يعتبر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها وكان فى كثف القائم على تربيته ... » ومعنى ذلك أن القاصر دون الخامسة عشرة يعتبر قانونا فى حاجة الى الرقابة وأن واجب رقبته يقع على عاتق القائم على تربيته ، أى أنه يقع أولا على أبيه ، ثم من بعده على أمه أو جده أو عمه أو أخيه أيهم يكون قائما على تربيته ، أما اذا جاوز الخامسة

عشرة فلا يعتبر في حاجة الى الرقابة ولا يسأل عنه غيره الا اذا ثبت أنه مازال في كنف القائم على تربيته . وليس المقصود بوجوده في كنف غيره أن يكون مقيما معه بل أن يكون خاضعا فعلا لرقابته ولو كان مقيما عند شخص آخر . فالأب أو من يقوم مقامه لا يجوز أن يتصل من مسؤوليته عن القاصر الذي لم يبلغ الخامسة عشرة بادعائه أن هذا القاصر لم يكن في حاجة الى الرقابة ولكنه يجوز له ذلك متى بلغ القاصر خمس عشرة سنة الى أن يثبت مدعى التعويض أن القاصر كان رغم بلوغه الخامسة عشرة لا يزال فعلا في كنف القائم على تربيته ، ويسرى هذا الحكم ولو كان القاصر متزوجا فيسأل الأب عن أفعال ابنه القاصر المتزوج مادام لا يزال في كنفه .

غير أن واجب الرقابة قد ينتقل من الشخص المكلف به أصلا الى شخص آخر اذا وجد ما يبرر ذلك ، « فتنقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج » (المادة ١٧٣ فقرة ثنائية) .

على أن واجب الرقابة ينقضى ومسئولية الأب أو من يقوم مقامه تنتهى متى بلغ القاصر رشده ولم تكن به عاهة عقلية أو جسمية تجعله في حاجة الى الرقابة ، أما اذا وجد به نسيء من ذلك اعتبر في حاجة الى الرقابة ووقعت مسؤولية أفعاله الضارة على من تقع عليه هذه الرقابة ، أبا كان أو وليا أو قيما أو غير ذلك .

ويلاحظ في شأن ما تقدم أن المادة ١٧٣ قد فرضت هذه المسؤولية على « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة . . » في حين أنه كثيرا ما يقع أن يكون مرتكب العمل غير المشروع خاضعا فعلا لرقابة غيره ، وأن يبائر ذلك الغير رقابته دون أن يكون ملزما بذلك قانونا أو اتفاقا ، فهنا يكفي ذلك لساعة من يبائر الرقابة ؟ أليس يعتبر توليه الرقابة فعلا التزاما منه بواجب الرقابة يجعله

مسئولا عن تولى رقابته كما اذا كفل شخص يتيما وتولى تربيته ؟ لذلك
كنا اقترحنا أن تستبدل بعبارة « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة
شخص ... » عبارة « كل من تولى رقابة شخص ... » وقد أقرت
ذلك لجنة مراجعة الشروع النهائي ولكن مجلس الشيوخ عدل عنه الى
الصيغة الأولى .

ويلاحظ أيضا أن مسؤولية الشخص عن هم خاضعون لرقابته لا
تعدو أن تكون مسئولية شخصية مبنية على أساس الخطأ ، خطأ الإخلال
بواجب الرقابة ، وغاية الأمر أن هذا الخطأ مفروض في جانب متولى
الرقابة فرضا قبالا لاثبات العكس . ويترتب على ذلك نتيجتان :
(١) الأولى أن متولى الرقابة يسأل عن الضرر الذى أحدثه الشخص
الخاضع لرقابته ولو كان هذا الشخص غير مميز (المادة ١٧٣ فقرة أولى) ،
ذلك أن عدم تمييز مرتكب الفعل الضار اذا كان ينفي عن فعله صفة
الخطأ فيما يتعلق بمسئوليته هو فانه لا ينفي حصول الإخلال بالرقابة
من جانب متوليها ، بل أن عدم التمييز يجعل الحاجة الى الرقابة أشد
ويقرب احتمال حصول الإخلال بها . ولكن ليس معنى ذلك أن متولى
الرقابة يسأل عن كل فعل ضار يقع من عديم التمييز الخاضع لرقابته
ولو كان هذا الفعل لا يستوجب مسئولية فاعله اذا فرض أنه كان مميزا ،
وانما يكون مسئولا فقط عن الفعل الذى كان يعتبر خطأ لو أنه وقع من
شخص مميز ، دون نظر الى تمييز الشخص الخاضع لرقابته أو عدم
تمييزه .

(ب) والنتيجة الثانية هي أن هذه المسئولية المفترضة يجوز دفعها
بنفى الإخلال في الرقابة أو بنفى علاقة السببية بين الضرر وذلك الإخلال
المفترض ، وقد نصت المادة ١٧٣ فقرة الثالثة على أن يستطيع المكلف
بالرقابة أن يخلص من المسئولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو
أثبت أن الضرر كان لايد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من
العناية (انظر سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١١٨) .

٢ — مسؤولية المتبوع — حلت المادة ١٧٤ مدنى جديد محل المادة ١٥٢ مدنى قديم فى النص على مسؤولية المتبوع أو السيد ، فقلت فى فقرتها الأولى « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

وقد أريد بهذا النص مسيطرة القضاء الى حد كبير فى التوسع الذى ذهب اليه فيما يتعلق بمسؤولية السيد أو المتبوع . ومن المعلوم أن المحاكم — بالرغم من أن المادة ١٥٢ مدنى قديم كانت تقصر مسؤولية السيد على الأحوال التى تكون فيها أفعال تابعيه واقعة منهم فى حال تأدية وظائفهم — قد توسعت فى هذه المسؤولية الى أقصى حدود التوسع بل جاوزت فى ذلك ما بلغت المحاكم الفرنسية ذاتها ، إذ قررت « أن القانون لا يشترط لتحميل المخدم المسؤولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع أو أن يقع منه بصفته هذه ، بل يكفى فى تقرير هذه المسؤولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هى التى ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها ... لأن المخدم يجب أن يسأل فى هذه الحالة الأخيرة على أساس إساءة الخدم الشئون التى عهد هو بها اليهم » (نقض ٢٢ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ١٩ — ١٨) . وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا التوسع فى مسؤولية السيد والمخدم باعتباره مخالفا لنص القانون وللأساس الذى تقوم عليه هذه المسؤولية وأثبتنا أنه لا يكفى فى مسؤولية السيد أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع الفرصة لارتكاب الفعل الضار ولو كان هذا الفعل لا اتصال له بالوظيفة ، وبينما أن المحاكم الفرنسية ذاتها لم تصل فى توسعها الى هذا الحد وأنها تشترط فى هذه الصورة أن تكون بين الوظيفة والفعل الضار رابطة سببية ، وتتشدد فى إثبات هذه الرابطة (أنظر سليمان مرقس فى تعليقات على الأحكام فى مسؤولية السيد عن فعل تابعه ، مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها وما تقدم فى ص ٣٩٣ وما بعدها) .

غير أن مشروع تنقيح القانون المدنى لم يعبأ بهذا النقد وأكثر مسيطرة

المحاكم المصرية في كل ما ذهبت اليه من توسع ، بالنص على مسؤولية المتبوع » اذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » .
(المادة ١٧٨ غقرة أولى من المشروع النهائي) ، ولكن مجلس الشيوخ هاله هذا التوسع في مسؤولية المتبوع ، فحدد منه بعض الشيء واشترط في مسؤولية المتبوع أن يكون فعل التابع واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (المادة ١٧٤ من التقنين الجديد) ، فعدل بذلك على قصده مخالفة قضاء المحاكم وعدم الاكتفاء بأن تكون وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة لارتكاب الفعل الضار اذا لم تكن بين الوظيفة وهذا الفعل رابطة سببية وثيقة . (قارن مع ذلك تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ) .

وقد خرج المشرع في هذه المسؤولية على القواعد العامة باعفاء المضرور من اثبات خطأ المتبوع في رقابة تابعه . ويشترط في قيام هذه المسؤولية المفترضة ثلاثة شروط :

١ — أن توجد رابطة تبعية بين مرتكب الفعل الضار والمدعى عليه بالمسؤولية المدنية عن هذا الفعل .

٢ — أن يكون الفعل الضار خطأ منسوباً الى التابع .

٣ — وأن يكون هذا الخطأ واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

وقد حسم المشرع الخلاف حول ما يعتبر قوام رابطة تبعية أهو حق الاختيار أم حق العزل أم حق الرقابة والتوجيه (١٤) فنص في المادة ١٧٤ غقرة ثانية على أن « تقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه » .

(١٤) أنظر في تفاصيل هذا الخلاف سليمان مرقس في مسؤولية المتبوع ، مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ وما بعدها . راجع ما تقدم في ص ٣٩٠ وما بعدها .

أما الأساس الذي بنى عليه المشرع هذه المسؤولية ، فليس من السهل تبينه ، أهو خطأ مفترض أم خطأ واقع أم نظرية تحمل التبعة ؟ فمن جهة يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع يعتبر هذه المسؤولية مبنية على خطأ مفروض . فقد ذكر ذلك في أكثر من موضع من المذكرة الايضاحية ، ثم أعيد ذكره في لجنة مراجعة المشروع النهائي عندما سأل أحد الأعضاء عما اذا كان يشترط في مسؤولية المتبوع المفترضة أن يكون المتبوع مميزا فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز (١٥) غير أن تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ المفترض في الرقابة كان يقتضى أولا قصر مسؤولية المتبوع على ما يقع من التابع في حال تأدية وظيفته اذ لا يمكن اعتبار المتبوع مخطئا في عدم رقابة تابعه خارج حدود الوظيفة ، وثانيا السماح للمتبوع بدفع مسؤوليته بنفى وقوع أى خطأ منه في رقابة تابعه . وقد كان المشروع يتضمن فقرة تجيز للمتبوع ذلك في مقابلة ما أخذ به من التوسع في مسؤولية المتبوع . فلما ضيق مجلس الشيوخ في حالات المسؤولية حذف النص الذي كان يجيز دفع المسؤولية بنفى الخطأ أو نفى السببية . غازاء ذلك كيف يمكن التوفيق بين تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ المفروض من جهة وبين مدها الى خارج حدود الوظيفة وعدم السماح بدفعها بنفى الخطأ المفروض من جهة أخرى ؟

٣ — رجوع المسئول مدنيا على الفاعل الأصلي — الغالب في حالات المسؤولية عن فعل الغير أن تقع المسؤولية عن الضرر الواحد على عاتق شخصين هما مرتكب الفعل الضار ومتبوع ذلك الفاعل أو متولى الرقابة عليه ، ويجوز للمضروء أن يستوفى التعويض كاملا من أيهما . فإذا استوفاه من مرتكب الفعل الضار وهو المدين الأصلي انتهى الأمر عند هذا الحد وبرأت ذمة المتبوع أو متولى الرقابة تبعاً لذلك . ولكن اذا

(١٥) ويلاحظ أن ذلك مخالف لما قضت به الى الان محكمة النقض المصرية ، انظر نقض ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ - ٣ - ٢٦ . ونقض جنائي ٢٥ مايو ١٩٤٥ المحللة ٢٣ - ٢١٢ - ٦٥ .

استوفاه من واحد من هؤلاء ، ألا يجوز للموفى أن يرجع بما وفاه كله أو بعضه على الفاعل باعتباره المتسبب الأصلي في حدوث الضرر ؟

يتوقف جواز الرجوع ومداه على الأساس الذي تبنى عليه مسئولية المتبوع أو متولى الرقابة • فان بنيت هذه المسئولية على أساس الخطأ المفروض كان للمسئول مدنيا حق الرجوع بكل ما وفاه على الفاعل باعتباره مدينا أصليا • وان بنيت على أساس الخطأ الواقع اعتبر كل من الطرفين مشتركا بخطئه في احداث الضرر وكان كل منهما ملتزما أصليا بنصيبه من التعويض وجاز لمن وفي الكل أن يرجع على الآخر بنصيبه فقط • وان بنيت على نظرية تحمل التبعية اعتبر المسئول مدنيا هو الملتزم الأصلي ولم يجز له أن يرجع بشيء على الفاعل • (أنظر في ذلك تعليقنا على حكم لحكمة النقض في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٤٢ • يراجع فيما تقدم ص ٣٩٠ وما بعدها) .

وقد اعتبر التقنين الجديد المسئولية عن فعل الغير مبنية على خطأ مفروض ، ورتب على ذلك حق المسئول مدنيا في الرجوع على الفاعل الأصلي بكامل التعويض الا اذا كان الفاعل الأصلي غير مميز فينتفى الرجوع عليه تبعا لانتفاء مسئوليته ، أو اذا كان المسئول مدنيا قد ثبت وقوع خطأ منه أسهم مع خطأ الفاعل الأصلي في احداث الضرر فحينئذ لا يكون له الرجوع على الفاعل الأصلي الا بمقدار نصيبه من المسئولية (المادة ١٧٥ مدنى جديد) •

ثانيا - المسئولية الناشئة عن الأشياء :

نص التقنين الجديد على المسئولية الناشئة عن الأشياء في ثلاث حالات : (١) حالة حارس الحيوان (المادة ١٧٦) ، (٢) وحالة حارس البناء (المادة ١٧٧) ، (٣) وحالة حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (المادة ١٧٨) ، فخرج في هذه الحالات

الثلاث على حكم القواعد العامة من حيث انه أعفى مدعى التعويض من عبء اثبات خطأ المدعى عليه .

١ — مسؤولية حارس الحيوان : نصت المادة ١٧٦ على أن حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . وقد أخذ هذا النص بما ذهب اليه القضاء في تطبيق المادة ١٥٣/٢١٥ من التقنين القديم ، فأبرز أن هذه المسؤولية تقع على حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له ، دون حاجة الى اقامة الدليل على وقوع خطأ منه ، وأن العبء يقع بها بالحراسة القانونية لا بالحراسة المادية لأنها تقع على من يملك الحراسة القانونية ولو ضل الحيوان أو تسرب منه ، وأن هذه المسؤولية لا يجوز دفعها بمجرد نفى الخطأ في الحراسة بل لا بد في ذلك للحارس من اثبات أن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ أجنبي . (أنظر في ذلك مذكراتنا في الفعل الضار ١٩٤٨ ص ١٢٤) .

٢ — مسؤولية حارس البناء : لم يكن في التقنين القديم نص خاص على مسؤولية حارس البناء يخرج هذه المسؤولية عن حكم القواعد العامة في حين أنه كان يوجد نص على ذلك في التقنين الفرنسى يقضى بمسؤولية مالك المبنى عن الأضرار الناشئة عن تدهورها اذا ثبت أن سببه يرجع الى عيب في تشييد المبنى أو نقص في صيانتها (المادة ١٣٨٦) ، فاختلف الفقه والقضاء المصريان في هذا الشأن ، فقال فريق بتطبيق القواعد العامة في هذه الحالة لخلو القانون المصرى من نص مقابل للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، ورأى آخرون امكان اعتبار مسؤولية مالك البناء مفترضة بحكم القانون استنادا منهم الى أن المشرع المصرى انما نقل في ايجاز أحكام المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ فرنسى ، وضمنها المواد ٢١٢/١٥١ وما بعدها ولم يقصد بهذا الايجاز أن يحيد عن الأحكام التى قررتها تلك المواد . (راجع هذا الخلاف في كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٩ وما بعدها) .

غير أنه يلاحظ أن قرينة الخطأ التي أنشأتها المادة ١٣٨٦ فرنسي يشترط في قيامها أن يثبت الضرر أن تهدم البناء راجع الى عيب في تشييده أو نقص في صيانتته ، وأن ذلك يجعل هذه القرينة القانونية ضئيلة الأهمية لأنه متى ثبت أن التدهم راجع الى عيب في التشييد أو نقص في الصيانة ، كان من السهل أن يستتبع من ذلك من طريق القرائن القضائية أن مالك البناء مخطئ في عدم تلافي هذا العيب أو النقص في الصيانة ، فيستغنى بذلك عن القرينة القانونية التي نصت عليها المادة ١٣٨٦ . وقد حدث فعلاً أن المحاكم المصرية التي لم تر الأخذ بنص المادة ١٣٨٦ فرنسي أمكنها أن تصل الى ذات الحكم من طريق القرائن القضائية ، مع فارق واحد هو أنها جعلت هذه المسؤولية تقع على عاتق حارس البناء لا على عاتق مالكة ، فسمحت للمالك بدفع المسؤولية عن نفسه اذا أمكنه اسناد العيب الذي كان سبب التدهم الى شخص أجنبي عنه وقضت بأن هذه المسؤولية تنتقل من عاتق المالك الى عاتق من يكون هذا قد وضع البناء تحت رعايته كمنتفع أو مرتين أو مقاول الخ .

وقد أخذ التقنين الجديد بما ذهبت اليه محاكمنا من حيث ربط المسؤولية عن تدهم البناء بحراسته لا بملكته ، ولكنه لم يكتف بالقرينة القانونية العزيلة التي قررتها المادة ١٣٨٦ فرنسي والتي استطاعت محاكمنا أن تستعيز عنها بالقرائن القضائية ، فأنشأ قرينة قانونية على الخطأ تقوم على مجرد حراسة البناء ودون حاجة بالضرر الى اثبات عيب في تشييد البناء ، أو نقص في صيانتته ، فنص في المادة ١٧٧ فقرة أولى على أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه » . وبناء على هذا النص لا يكون على المضرور الا أن يثبت أن الضرر أصابه بسبب انهدام البناء ، فيفرض أن الانهدام راجع الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه وينسب هذا السبب الى الحارس الحالي للبناء ، ولكن يجوز لهذا الحارس أن يدفع مسؤوليته

بإقامة الدليل على أن الانهدام ليس راجعا الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه ، أو بأن يثبت أن العيب الذي سبب الانهدام يرجع الى حارس آخر للبناء سابق عليه .

وقد رأى المشرع فوق ذلك أن المصلحة تقتضى عدم انتظار انهدام البناء لتوقيع الجزاء على حارسه وتعويض الأضرار التي تنشأ بسبب ذلك ، فحول الجيران حق توقي الانهدام قبل حصوله ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على أنه « يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

٣ — مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية وغيرها : لم يكن في التقنين القديم نص على المسؤولية الناشئة عن الأشياء فيما عدا النص الخاص بالمسؤولية عن فعل الحيوان ، فكان لابد من تطبيق القواعد العامة في هذا النوع من المسؤولية وهي توجب على المضرور اثبات خطأ الفاعل .

غير أن المحاكم شعرت بثقل عبء هذا الإثبات على المصاب وجهدت نفسها في تخفيفه عنه وتوسلت في ذلك بشتى الوسائل حتى ذهب بعضها الى اعتبار حارس الشيء مسئولا عن الضرر الذي ينشأ عنه مسؤولية مفترضة ، ولكن محكمة النقض رأت أن القول بذلك يعوزه السند القانوني فرفضت الأخذ به ولو أنه لم يسمعها الا أن تنادى بوجوب تدخل المشرع لوضع النص الذي يقرر هذه المسؤولية المفترضة . (نقض ١٥ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ — ١ — ١٥٥ — ٧٨) .

وقد لبى المشرع هذا النداء ، فخص في المادة ١٧٨ مدنى جديد على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم

يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم
الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع أنشأ نوعاً من المسؤولية المفترضة
عن الأضرار التي تنتشأ من بعض الأشياء دون غيرها ، تلك هي أولاً
الألات الميكانيكية بجميع أنواعها إذ يفرض فيها أن حراستها تتطلب
عناية خاصة ، وثانياً الأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة ،
فاذا نشأ عن أحد هذه الأشياء ضرر كان متولى حراسة هذا الشيء
مسئولاً عنه مسؤولية مقررة ابتداء لا يجوز له دفعها الا اذا أثبت أن
وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، دون اخلال بالحالات التي
ينص فيها القانون على أن حارس الشيء أو مالكه يسأل حتى عن
الأضرار التي تنتشأ منه بقوة قاهرة كما في قانون اصابات العمل .

ولا تقع هذه المسؤولية الا على حارس الشيء . غير أن تعريف
الحارس قد أثار صعوبات في القانون الفرنسي ، ففرقت الشراح والمحاكم
أول الأمر بين الحراسة القانونية وبين الحراسة المادية ورتبت المسؤولية
المفترضة على الأولى دون الثانية ، فاعتبرت المسئول من يكون له
السيطرة على الشيء ولو لم يكن الشيء في حيازته المادية ، ولأن هذا
المذهب كان يؤدي مثلاً الى اعتبار صاحب السيارة المسروقة مسئولاً عن
الأضرار التي تنتشأ عن السيارة تحت قيادة سارقها ، عدلت الدوائر
المجتمعة لحكمة النقض في ٢ ديسمبر ١٩٤١ عن هذه التفرقة ، وعرفت
الحارس بأنه من يستعمل الشيء ويتولى ادارته بصرف النظر عما اذا
كان يملك الحق في ذلك أو لا يملكه .

ويلاحظ على الحكم الذي تضمنته المادة ١٧٨ مدني جديد أنه لم
يعمم المسؤولية المفترضة عن الأشياء بل قصد أن يقف بها الآن في
منتصف الطريق مراعيًا في ذلك ما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة
الراهنة من حياتها الاقتصادية . غير أن الضابط الذي وضعه هذا
الحكم لتقييد المسؤولية الناشئة عن الأشياء ضابط مرن غير محدود

يمكن أن يضيق حتى يقصر عن الغاية المنشودة ويمكن أن يتسع حتى يشمل جميع الأشياء باعتبار أن مجرد حدوث الضرر من شيء يحمل في ذاته الدليل على أن هذا الحادث كانت حراسته تتطلب، عناية خاصة .
والغالب أن المحاكم ستتجه هذا الاتجاه الأخير في تطبيق هذا النص ان عاجلا أو آجلا ، وعساها أن تتدرج في ذلك تدرجا يتشئ مع تطور حالة البلد الاقتصادية ، فتحقق بذلك غاية المشرع القصوى .

يخلص مما تقدم أن التقنين الجديد احتفظ بالخطأ أساسا للمسئولية بصفة عامة وأن الحالات التي قرر فيها المسئولية المفترضة لم يخرج بها على هذا الأساس ، وانما كان خروجه فيها على قواعد الإثبات فقط ، فلا تزال المسئولية عن فعل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء في التقنين الجديد مبنية على أساس الخطأ الشخصى ، سواء أكان ذلك الخطأ اخلالا بواجب رقابة الغير أم كان تقصيرا في واجب حراسة الأشياء التي تجب حراستها . وغاية الأمر أن المصاب معفى من اثبات هذا الخطأ ، وأن من تقع عليه هذه المسئولية المفترضة يملك دفعها بالوسائل التي قررها القانون .

في نظرية دفع المسؤولية المدنية (١٦)

من أهم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها جميع الشرائع ، المبدأ القاضى بأن كل فعل يسبب ضرراً للغير يلزم فاعله بتعويض ذلك الضرر ، وهو منصوص عليه في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى وفى المادة ١٥١/٢١٢ من التقنين المدنى المصرى الملغى (وفى المادة ١٦٣ من التقنين المدنى القائم) • وتوجب هذه النصوص على المضرور أن يثبت الضرر الذى أصابه وخطأ الفاعل وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر • هذه هى الأركان الثلاثة التى تقوم عليها المسؤولية المدنية وما يترتب عليها من التزام بالتعويض • فإذا لم يستطع المضرور أن ينهض بهذا العبء من الإثبات ، سواء لأن المدعى عليه لم يرتكب خطأ ما أو لأن الضرر قد حدث بسبب أجنبي عن المدعى عليه أو لأن سبب الضرربقى مجهولاً ، رخصت دعواه المتعلقة بطلب التعويض • وكان كثيراً ما يقع ذلك ، ونادراً ما يتمكن المضرور من النهوض بعبء الإثبات الواقع على عاتقه ومن الحصول على تعويض الضرر الذى أصابه •

لذلك عمد المشرع الى التخفيف عن المضرور بعض الشيء بأعفائه من بعض عبء الإثبات الواقع عليه • ومن هذا القبيل ما شرعه فى شأن المسؤولية العقدية حيث اكتفى من الدائن بأن يثبت عدم وفاء مدينه بالالتزام الناشئ من العقد والضرر الذى أصابه بسبب ذلك حتى يحكم له بالتعويض عن ذلك الضرر • وكذلك فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الذى يكون فى رعاية المدعى عليه أو عن فعل الحيوان أو

(١٦) ترجمة مقال نشر باللغة الفرنسية فى مجلة L' Egypte Judiciaire

السنة الخامسة العدد رقم ١٥٨ بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٣٦ وهو عبارة عن تلخيص واف لرسالة الدكتوراه المقدمة منا لجامعة القاهرة فى سنة ١٩٣٦ ، ويليه تقديم الرسالة بقلم الاستاذ ليون لازو أحد مؤلفى المرسوم فى المسؤولية المدنية الذى أعيد طبعه مراراً عديدة بباريس •

البناء الذي يكون في حراسته • غفى جميع هذه الأحوال الأخيرة ، جعل
المشرع أشخاصا معينين مسئولين عن بعض الأضرار دون أن يتطلب من
المضور اثبات خطأ وقع منهم •

وفي نظر الشراح الأوائل للتقنين المدني الفرنسي كان اعفاء المضور
من عبء اثبات خطأ من يوجه اليه المطالبة بالتعويض يجد تبريره في أن
للمدعى عليه بالتعويض مكتة دفع مسئوليته باثبات انه لم يرتكب خطأ ،
وكانوا يرون أن الأمر لا يدعو قلب عبء الاثبات وأنه كان من شأنه أن
يدع على عاتق المضور كافة الأضرار التي تصيبه بسبب فعل من المدعى
عليه لا خطأ فيه أو بسبب أجنبى عن هذا الأخير لا يد له فيه ، أو بسبب
ظل مجهولا ولم يمكن تعيينه •

غير أن دائرة المسئولية ، سواء أكانت تعاقدية أم تقصيرية قد
اتسعت منذ نهاية القرن الماضى اتساعا كبيرا كان الدافع اليه الرغبة
التشديدية في مساعدة المضور لتسهيل حصوله على تعويض الضرر الذى
لحقه من طريق تخفيف عبء الاثبات عنه •

ويرجع التوسع في دائرة المسئولية التعاقدية الى أن قواعدا أخف
وطأة على المدعى ، اذ هى تعفيه من أن يثبت أن سبب عدم وفاء المدين
بالتزامه خطأ من جانبه ، ولذلك اتحت الجهود أولا نحو توسيع دائرة
هذه المسئولية وتطبيق قواعدا على حوادث العمل ثم على حوادث نقل
الركاب ، فعلى الحوادث التي تقع في أثناء التعليم أو التمرين أو في
خلال مزاوله بعض الألعاب • وكانت كل هذه الحوادث قبل ذلك مما
تطبق عليه قواعد المسئولية التقصيرية • فأدت الرغبة في مساعدة
المضورين فيها — حيث توجد رابطة عقدية بين أحد منهم وآخر — الى
توسيع مضمون العقد واعتباره متضمنا التزاما في ذمة أحد عاقديه بضمان
سلامة العاقد الآخر Obligation de sécurité خوال مدة تنفيذ العقد
والى حين انقضائه •

أما التوسع في المسؤولية التقصيرية فلم يجيء عن طريق ادخال حالات جديدة في دائرتها ولم تكن داخلة فيها من قبل ، كما وقع ذلك بالنسبة الى المسؤولية العقدية ، بل جاء من طريق تسهيل الاثبات في أكثر الحالات التي كانت تطبق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية ، فإنه بتطبيق تلك القواعد كان يتعذر على المدعى أن يقيم الدليل على مسؤولية المدعى عليه ، وكثيرا ما كان يستحيل عليه ذلك ، فيخلص المدعى عليه من كل مسؤولية عقدية أو تقصيرية ، لذلك رؤى مساعدة طالب التعويض باعفائه من اثبات خطأ خصمه في بعض الأحوال وتم ذلك من طريق الأخذ بنظرية المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء التي أقامها القضاء الفرنسى على أساس نص ورد في المادة ١٣٨٤ / ١ مدنى فرنسى ولم يقصد به عند وضعه إلا أن يكون تمهيدا لسائر فقرات المادة ١٣٨٤ ولحكمى المادتين ١٣٨٥ و ١٣٨٦ مدنى فرنسى .

تمت جميع هذه التوسعات في المسؤولية المدنية في القانون الفرنسى تدريجيا حتى بلغت الذروة في الرسع الثانى من القرن الحالى . وقد أخذت المحاكم المصرية تسير في هذا الاتجاه ذاته ، ووصلت بعض أحكامها الى اقرار أحدث المبادئ التي قررتها المحاكم الفرنسية في هذا الشأن . وفي رأى انه من الأنسب أن يتدخل المشرع المصرى باصدار تشريعات خاصة يسهل بها حصول المضرورين على تعويض الأضرار التي تصيبهم في مجالات محددة ، فبيدا مثلا بتشريع ينظم التعويض عن حوادث السيارات ، ثم بتشريع آخر يقرر التعويض عن حوادث العمل وهلم جرا كلما دعت الحاجة الى اصدار تشريع خاص بنوع معين من الحوادث .

ومهما يكن الأمر ، فإن هذه التوسعات في المسؤولية وما اكبتها من اعفاء للمدعى من عبء اثبات الخطأ الذي وقع من المدعى عليه ، أدت الى انتقال عبء الاثبات من جانب المدعى الى جانب المدعى عليه وبدلا من أن ينصب عبء الاثبات على الخطأ وأركان المسؤولية ، أصبح يتجه الى

وسائل الدفاع وأسباب دفع المسؤولية وصارت المرافعة تتناول هذه الأسباب أكثر مما تتناول أركان المسؤولية .

ولو وقف الأمر عند حد دفع المسؤولية بنفى الخطأ ، اذن لأمكن اعتبار التوسع المذكور لا يعدو أن يكون قلباً لعبء الإثبات ، ولبدت مكنة الاعفاء المطلق من المسؤولية كرد فعل للأخذ بالمسؤولية المقررة ابتداءً ، ولكن الأمر لم يقف عند هذا الحد .

فقد ظهر في خط مواز للتوسع في المسؤولية المقررة ابتداءً ، اتجاه الى التضييق المتزايد في أسباب دفع المسؤولية والى التشدد في اثبات هذه الأسباب ، حتى جاز التساؤل في الوقت الحاضر عما اذا كان التوازن بين كفتي الفاعل والمضرور لم يختل لصالح هذا الأخير .

ولما كانت العدالة الصحيحة هي التي تحفظ التوازن بين كفتي الميزان في غاية من الدقة بحيث لا ترجح احدهما الأخرى وجب المحافظة على التوازن بين كفة المسؤولية (وأساسها الخطأ فيما عدا الأحوال التي استثناهها القانون) — وكفة انتفاء المسؤولية (التي من مقتضاها حماية من لم يتسبب بخطئه في احداث الضرر) ، فكما أن رجحان كفة المسؤولية يكون مخالفاً للعدالة ، كذلك يكون رجحان كفة عدم المسؤولية .

وقد حدانى ذلك الى محاولة دراسة كيفية دفع المسؤولية كرد فعل للتوسع الهائل في اقامة المسؤولية المقررة ابتداءً فتساءلت أولاً عن الطريقة التي يجوز بها للشخص المفترضة مسؤوليته أن يدفع بها هذه المسؤولية ، فاذا أبيع له أن يخلص من المسؤولية بمجرد نفي الخطأ عن نفسه ، فان من شأن ذلك أن يترك على عاتق المضرور ليس فقط تبعات الأضرار الراجعة الى سبب أجنبي عن المدعى عليه بل أيضاً تبعات الأضرار التي بقى سببها مجهولاً (أى لا هو راجع الى خطأ الفاعل ولا الى سبب أجنبي عنه) . ولما كانت الأضرار التي تدخل في هذه الفئة الأخيرة هي من الناحية العملية تكون الأغلبية الكبرى ، فان الحماية التي

بدت الرغبة في اسباغها على المضرورين تكون في واقع الأمر ضئيلة الأثر . لذلك بدا أن المضرور لا يمكن عملا أن يفيد من هذه الحماية الا اذا أُلقيت تبعة الأضرار التي يبقى سببها مجهولا على عاتق الشخص المفترضة مسئوليته . وذلك برفض دفع مسئولية هذا الأخير بمجرد نفي الخطأ عن نفسه وبقصر دفع مسئوليته على الحالة التي يثبت فيها أن الضرر راجع الى سبب أجنبي عنه .

وقد أصبح ذلك أمرا مسلما ، سواء في مجال المسئولية العقدية أو في مجال المسئولية التقصيرية عن فعل الأشياء الحية أو الجامدة . واذا كانت ترد على هذه القاعدة بعض استثناءات في حالات معينة ، فانها لا تنفى أن القاعدة المسلمة هي أنه في الظروف العادية لا يقبل ممن يريد دفع مسئوليته الا اقامته الدليل على أن الضرر المطلوب منه تعويضه يرجع الى سبب أجنبي عنه .

ولم تستقر هذه القاعدة الا بعد خلافات كثيرة اضطورت الى عرضها ومناقشتها وتصفيتها . والواقع أن هذه القاعدة مستنبطة من نص المادة ١١٤٧ مدينى فرنسى ومن تطبيق القواعد العامة الأخرى متى سلم بأن مجرد عدم الوفاء بالتزام عقدى أو بالتزام حراسة شئ، يتطلب حراسة خاصة يكون في ذاته خطأ ثابتا يكفى لاقامة مسئولية المخل بهذا الالتزام ولا يسمح له بدفع مسئوليته بمجرد نفي الخطأ عن نفسه (مادام مسلما بأن مجرد عدم وفائه بالتزامه يعتبر خطأ ثابتا في حقه) ، فلا يبقى لتخليص الدين من مسئوليته الا أن يثبت أن عدم وفائه بالتزامه — الذى يعتبر خطأ ثابتا في حقه راجع هو ذاته الى سبب لايسأل هو عنه بحيث يعتبر ما وقع منه من عدم وفاء ليس هو السبب الحقيقي للضرر المطلوب منه تعويضه .

فتعين على اذن البحث فيما يعتبر سببا أجنبيا ، فوجدت رأيا أول يتوسع كثيرا فيما يعتبر سببا أجنبيا الى حد أن يجعله يشمل تقريبا جميع

الحالات التي ينتفى فيها خطأ المدين ، وكانت هذه النتيجة وحدها كافية لاستبعاد هذا الرأي .

وكان هناك رأى آخر يسرف في التضييق فيما يعتبر سببا أجنبيا ويستند الى نص المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى الذى لم يذكر سوى الحادث الفجائى والقوة القاهرة كأسباب لدفع المسؤولية . وكان مفاد هذا الرأى أن القوة القاهرة والحادث الفجائى هما السببان الأجنبيان الوحيدان ، أى اللذان يمكن أن تدفع بهما المسؤولية المقررة ابتداء على عاتق شخص معين .

غير أنه ليس من الصعب تبين أسباب أجنبية أخرى ورد ذكرها في نصوص غير ماتقدم جعل لها المشرع قوة دفع المسؤولية المقررة في حالات أخرى ، كعيب الشيء محل عقد النقل وفعل الشاحن وأثرهما في مسؤولية أمين النقل وسريان الحريق الى العين المؤجرة من عين مجاورة لها ، بالإضافة الى ما هو مسلم من أن خطأ المضرور يعتبر سببا تدفع به مسؤولية الشخص المقررة مسئوليته ابتداء ، وهكذا يبين أنه ليس صحيحا أن السبب الأجنبى الذى تدفع به المسؤولية لا يشمل غير القوة القاهرة والحادث الفجائى بل الصحيح أن هذين الأمرين لا يستغرقان كل الأسباب الأجنبية ، وان ازدياد دائرة المسؤولية المدنية يجب أن يواكبه التوسع فيما يعتبر سببا أجنبيا تدفع به هذه المسؤولية (١٧) .

وقد حملنى ذلك الى الرجوع الى الأعمال التحضيرية لقانونون نابليون بحثا عن حقيقة المعنى المقصود بعبارات المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى وعن الصلة القائمة بين نصوص هاتين المادتين .

(١٧) وظهر في الفقه الفرنسى اخيرا اتجاه مضاد لما رأيناه في هذا المقال منذ ٥٠ عاما ، انظر في ذلك : Muzuaghi (A.S.)
Le déclin des causes légales d'exomération de l'ordre public
nouveau, Paris, 1981.

واتضح لى أن عبارتى الحادث الفجائى والقوة القاهرة استعملت بمعنيين مختلفين على التوالي ، فاستعملها أولا بيجو برامنيه Bigot de Préamneau بمعنى واسع يجعلها مرادفة لعبارة السبب الأجنبى الذى لا يد فيه للمدين ، ثم استعملت بعد ذلك بناء على ملاحظة من رينيو Regnaud فى معنى أضيق للدلالة على أحد أنواع السبب الأجنبى الأكثر وقوعا فى العمل والذى لم يقيم بشأنه أى خلاف • فالقاعدة مقررة اذن فى المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى وهى تقضى بدفع المسؤولية بالسبب الأجنبى • وما ورد فى المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى يعتبر ايرادا لبعض أنواع السبب الأجنبى على سبيل المثال ، وقد أجمع الفقه والقضاء على أن ما ورد فى المادة ١١٤٨ من أسباب أجنبية يمكن أن تضاف اليه أسباب أخرى كعيب الشيء وفعل الراسل أو المرسل اليه أو فعل الدائن أيا كان أو فعل المضرور ، أو فعل شخص أجنبى ، على خلاف فى رأى فى شأن بعض هذه الأسباب •

غير أن ما يعتبر سببا أجنبيا يجب فى جميع الأحوال أن يتوافر فيه الشرطان التاليان :

(١) أن تنشأ عنه استحالة الوفاء بالتعهد العقدى أو بالواجب القانونى •

(٢) وأن يكون من حيث منشؤه أجنبيا عن المدعى عليه ولا شأن له فيه •

ومتى توافر هذان الشرطان فى أى حادث ، اعتبر الضرر راجعا الى سبب أجنبى ، لا الى خطأ المدعى عليه ، ووجب إسقاط المسؤولية المفترضة ، ما لم تكن هذه المسؤولية من النوع الذى لا يسقط بكل سبب أجنبى •

وقد أتاح لى تطبيق هذين الشرطين على كل الحوادث التى تدخل فيما يعتبر سببا أجنبيا أن أحدد الأوصاف التى يجب أن تتوافر فى كل

منها لاعتباره سببا أجنبيا بكل معنى الكلمة يترتب عليه امكان دفع المسؤولية به .

ففيما يتعلق بالحادث الفجائي والقوة القاهرة اقتضى الأمر عرض الخلاف في شأن اعتبار كل منهما سببا أجنبيا متميزا عن الآخر واعتبار العبارتين مترادفتين تعبران عن مدلول واحد ، وانتهيت من بحثي الى اعتماد هذا الرأي الأخير استنادا الى السوابق في القانون الرومانى وفي القانون الفرنسى القديم ، والى الأعمال التحضيرية لمجموعة القوانين المدنية الفرنسية ، والى ذات نصوص المجموعتين الفرنسيتين والمصرية والى أقوال الأولين من شراح المجموعة الفرنسية .

وأثبت أن التفرقة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة لم يقل بها بعض الشراح الا في أواخر القرن الماضى ، وقسمت الفائلين بها الى فريقين : فريق يسمى قوة قاهرة الحادث الذى تغلب فيه صفة انتفاء مقاومته ويعتبر حادثا فجائيا ما تغلب فيه صفة المفاجأة ، ولكنه لا يفرق بين النوعين من حيث ما يترتب عليهما من أثر في دفع المسؤولية . أما الفريق الثانى ، فيقصر هذا الأثر على القوة القاهرة وحدها دون الحادث الفجائي ، ويدخل في باب القوة القاهرة الحوادث الخارجة عن العمل أو عن الشيء الذى ينشأ عنه الضرر . ويعتبر الحوادث الداخلة في دائرة العمل أو المتصلة بالشيء الذى أحدث الضرر حوادث فجائية ، وهى تشمل الحوادث المجهولة السبب .

وقد بينت أن هذه التفرقة لا سند لها في نصوص القانون ، وفوق ذلك حلت غيصل التفرقة ذاته ، وأثبت عدم صلاحيته وأشرت الى أن المحاكم ثبتت على نظرية وحدة الحادث الفجائي والقوة القاهرة ، ولم تتأثر بالنظريات الحديثة ، رغم ما بدت فيه هذه النظريات من مظهر خلاف وما أبداه أنصارها من براعة فائقة في طريقة عرضها .

وعلى ذلك يعتبر الحادث الفجائي والقوة القاهرة شيئا واحدا ،

ويشترط فيه أن تكون مقاومة نتائجه المادية مستحيلة ، وأن ينتفى توقعه وتلافى حصوله .

أما من حيث نتائجه المادية ، فيجب أن تنشأ عن الحادث استحالة الوفاء بالتعهد استحالة تامة ، أى أن يكون العائق الذى يصطدم به المدين مما لا يمكن التغلب عليه بأى حال ، فلا يكفي أن يصبح الوفاء بسبب ذلك صعبا أو مرهقا . وتقدر استحالة الوفاء بالمعيار الموضوعى ، لا بالمعيار الشخصى ، أى باعتبار مقدرة أى شخص عادى اذا وجد فى مكان المدعى عليه وفى مثل ظروفه الخارجية .

ويجب من حيث منشأ الحادث وأصله ، أن يكون خارجا عن ارادة المدعى عليه ، وألا يمكن اسناده اليه بأى حال ، وهو لا يعتبر كذلك متى كان من صنعه شخصا أو من صنع الأشياء أو الأشخاص الذين عليه ضمانهم ، أو كان قد نشأ عن خطأ المدعى عليه أو خطأ من هم تحت رعايته أو كان فى وسع المدعى عليه توقعه وتلافيه ، فقصّر فى ذلك .

على أنه لا يكفي لاسناد الحادث الى المدعى عليه أن يكون فى إمكانه توقعه ، بل لابد أيضا أن يكون توقع الحادث وانجبا عليه ، لأن المرء غير مطالب بكل ما فى وسعه ، ولا يسأل عن استعمال حقه فى عدم اتخاذ تدابير معينة لتفادى وقوع الحادث ، لأنه اذا كان صحيحا أن المرء لا يلزم بالمستحيل فانه لا يقل عن ذلك صحة أنه لا يطالب بكل ما هو ممكن — اذا لم يكن ملزما به ، فيجب لكى يمكن اسناد الحادث الى المدعى عليه ، أن يكون هذا الأخير فى الأصل ملزما بتوقع الحادث وملزما أيضا بتفادى حصوله .

على أن المدعى عليه حتى لو لم يكن ملزما بتوقع حصول الحادث بل حتى لو لم يكن فى وسعه توقعه ، فان الحادث يمكن اسناده اليه لمجرد أنه لم يعمل على منع وقوعه اذا ثبت أن ذلك كان فى استطاعته رغم عدم توقعه اياه ، اذ لا يكفي لاعتبار الحادث أجنبيا عن المدعى عليه أن

يكون هذا الأخير غير ملزم بتوقع الحادث ولا أن يكون الحادث غير ممكن توقعه ، بل يجب أن يكون الحادث غير ممكن تفادى وقوعه أو غير ممكن درء آثاره

Inévitable quant à sa survenance et irrésistible quant à ses conséquences.

وفيما يتعلق بالاثبات ، الأصل أن مدعى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مكلف اثبات الوقائع المادية التى يدعيها ، واقامة الدليل على توافر الصفات القانونية التى تكفى لاعتبارها حادثا فجائيا أو قوة القاهرة . غير أنه مسلم من الوجهة العملية بأن بعض الحوادث تثبت له صفة القوة القاهرة الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، وبأن البعض الآخر ، وهو الذى يحتمل أن يكون حادثا فجائيا أو يكون ناشئا عن خطأ أو اهمال ، لا تثبت له صفة القوة القاهرة الا باقامة الدليل على اقامة الركنين المكونين لها .

ومتى ثبت أن الضرر حاصل بقوة القاهرة ، وجب اخلاء المدعى عليه من المسؤولية . غير أن بعض الشراح يرى أن حصول الضرر بقوة القاهرة لا يمنع أن يكون المدعى عليه قد اشترك فى احداثه بخطأ منه ، ويشترطون لاعفاء المدعى عليه من المسؤولية أن يثبت أن القوة القاهرة هى السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، وذلك باقامة الدليل على انتفاء السببية من جهة المدعى عليه الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، وانى أرى بالعكس من ذلك أن مجرد اثبات القوة القاهرة يحمل فى ذاته قرينة على انتفاء السببية ويكفى لهدم المسؤولية المفترضة ولاعفاء المدعى عليه من هذه المسؤولية .

وقد نص القانون فيما عدا الحادث الفجائى والقوة القاهرة على اعفاء أمين النقل من مسؤوليته عن الأضرار الناتجة من وجود عيب فى كيان الشيء الذى تمهد بنقله ، وقاست المحاكم على ذلك خطأ مرسل البضاعة وخطأ المرسل اليه ، ثم عممت هذا القياس وطبقته على الخطأ

الذى يقع من أى دائن ، وأخيرا نقلته الى دائرة المسئولية التقصيرية وسأوت بين خطأ المصاب وخطأ الدائن .

أما عن فعل الدائن ، فانه قد يكون خطأ ، وربما لا يكون فيه خطأ . ويعتبر خطأ الدائن سببا أجنبيا عن المدين يتضمن فى ذاته صفة انتفاء الاسناد . أما فعل الدائن الذى لا خطأ فيه ، فيشبه الحادث الفجائى ، ويشترط فيه لذلك ما يشترط فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة من ضرورة انتفاء توقعه وتلافيه .

وسواء أكان فعل الدائن خطأ أم غير خطأ . فيشترط لاعتباره سببا أجنبيا أن تنشأ عنه استحالة الوفاء بالتعهد استحالة تامة ، ويختلف فى هذا الشأن الأثر المادى الذى يترتب على فعل الدائن اختلافا كبيرا . فانه قد يسبب استحالة الوفاء استحالة نهائية ، وربما لا تنشأ عنه الا استحالة مؤقتة بالنسبة للأجل المعين والشكل المتفق عليه ، كما أنه قد يقتصر أثره على جعل وفاء المدين بالتزامه أكثر صعوبة وأشد ارهاقا .

ففى الحالة الأولى يترتب على خطأ الدائن اعفاء المدين نهائيا ، وفى الحالة الثانية لا يعفى المدين الا من مسئوليته عن نتيجة التأخير فى تنفيذ ما تعهد به ، وفى كلتا الحالتين يكون لخطأ الدائن من الأثر ما للقوة القاهرة . أما فى الحالة الثالثة فيترتب عليه اعفاء المدين من زيادة التكاليف الحادثة بخطأ الدائن .

ويعتبر اعدار الدائن مثل خطئه ، غيمد سببا أجنبيا عن المدين كافيا لاعفائه من مسئوليته عن نتيجة تأخير الوفاء بالتعهد ، ولكنه لا يعفيه من التعهد نفسه .

وكذلك فعل المصاب يجب أن يتوافر فيه ركنا السبب الأجنبى ، فيشترط أن ينتفى اسناده الى المدعى عليه وأن يكون الضرر ناشئا عنه .

ويعتبر فعل المصاب مسندا الى المدعى عليه ، وليس أجنبيا عنه ،

إذا حصل بتحريض منه ، أو من بعض من هم في رعايته ، أو إذا كان نتيجة لفعلة المقصود أو غير المقصود ، أو كان يجب عليه توقعه ، أو كان في وسعه أن يتحاشى نتائج الضرر فأمسك عن ذلك .

والأصل أن المرء يجب عليه توقع جميع الأعمال العسادية ، أما الأعمال الشاذة ، فلا يكلف توقعها . وعلى ذلك يكون خطأ المصاب غير واجب على الفاعل توقعه ، ويعتبر في ذاته سببا أجنيا عن المدعى عليه . أما فعل المصاب الذي لا خطأ فيه ، فيجب على الفاعل توقعه ، وهو لذلك لا يعتبر سببا أجنيا إلا إذا ثبت انتفاء توقعه وانتفاء تحاشى نتائجه الضارة .

ويعتبر المصاب مخطئا إذا كان قد قصر فيما يجب عليه من الحيطة والتبصر ، أو لم يبذل كل ما في وسعه لتلافى حصول الضرر ، بعد أن شعر بقرب وقوعه ، أو قصد أن يصيبه ضرر من فعل غيره أو عرض نفسه للخطر . ويعد رضا المجنى عليه بالحاق الأذى بنفسه مثل خطئه أن كان رضاه غير مشروع . أما أن كان مشروعا فلا خطأ فيه وكذلك من ألحق بغيره ضررا بناء على رضاه ، يعتبر مخطئا أن كان رضا المصاب غير مشروع ، والا فلا خطأ عليه .

وإذا كان فعل المصاب لا خطأ فيه ، لم يجوز الدفع به إلا في حالات المسؤولية المفترضة ، كالحال بالنسبة للحادث المفجئ والقوة القاهرة . أما خطأ المصاب فيجوز الدفع به في تلك الحالات وفي غيرها . فإذا اشترك في أحداث الضرر خطأ المصاب وخطأ الفاعل ، وجب توزيع المسؤولية بينهما مناصفة فيما نرى ، أو بنسبة خطأ كل منهما طبقا لما جرت عليه المحاكم .

أما إذا كانت مسؤولية المدعى عليه مفترضة افتراضا ، وجب اعفاؤه منها بمجرد اثباته أن الضرر وقع بخطأ المصاب . وقد رأى فريق من الفساح أنه يجب لدفع المسؤولية بخطأ المصاب أن يثبت المدعى عليه

أيضا انتفاء السببية بين خطئه وما لحق المصاب من ضرر . ولكننا نعتبر ثبوت خطأ المصاب كافيا في ذاته لاسقاط المسؤولية المقررة بحكم القانون واقتراض انتفاء السببية من جهة المدعى عليه . وبناء على ذلك يجب اعفاء المدعى عليه اعفاء تاما مادام لم يثبت وقوع أى خطأ منه ، ذلك أن قرينة المسؤولية غير قابلة للتجزئة ، فهي إما أن تبقى كاملة ، وإما أن تسقط كلها . ولا سبيل الى توزيع المسؤولية بين الفاعل والمصاب المخطئ الا اذا ثبت وقوع خطأ من أولهما .

وإذا كان المصاب أيضا مفترضة مسؤوليته ، فإن كان الضرر قد أصابه وحده ، فلا عجرة باقتراض مسؤوليته ، وإن أصيب كل من الطرفين بضرر ، اعتبر كلاهما مصابا ، وجاز له التمسك بالمسؤولية المقررة ابتداء على الطرف الأول .

ويشبه فعل الأجنبي فعل المصاب في كثير من الوجوه ، فإن كان خطأ اعتبر سببا أجنبيا مستقلا بذاته ، والا وجب أن تتوافر فيه صفتا الحادث الفجائي والقوة القاهرة من انتفاء لتوقعه وانتفاء لتلافيه . وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الغير ليس ممن يجب على المدعى عليه ضمانهم ، إذ أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المرء مسؤولية تماقدية أو تقصيرية لا يعتبرون أجانب عنه ، ويشترط فوق ذلك أن يكون الغير معينا ومعلوما . أما خطأ الغير الذى لم تعين شخصيته ، فيشبه الحادث الفجائي والقوة القاهرة ويجب أن يتوافر فيه ما يشترط فيها .

وإذا كان المدعى عليه الذى يدفع المسؤولية عن نفسه بخطأ الأجنبي مخطئا هو أيضا ، لم يقبل منه دفعه . وغاية الأمر أنه يكون له حق الرجوع على الأجنبي بجزء مما عوض به المصاب ، فإن أدخل الأجنبي معه في الدعوى ، حكم عليهما معا بالتضامن فيما بينهما تضامنا تاما أو ناقصا حسب الأحوال .

أما ان كانت مسؤولية المدعى عليه مفترضة افتراضا ، كان خطأ الأجنبي كافيا لاسقاطها ، ولاقتراض انتفاء السببية من جهته ، بغير

حاجة الى اثبات انتفاء توقع خطأ الأجنبي وانتفاء تلافيه ، اذ الأصل أن الانسان غير مكلف توقع أخطاء الآخرين ، فيجب على من يدعى خلاف ذلك أن يثبت أن خطأ الأجنبي كان في موضوع هذه الدعوى بالذات ممكنا توقعه وتحاشي نتائجه الضارة .

وقد أصدرت المحاكم في هذا الشأن كثيرا من الأحكام التي تبسّدو متناقضة في ظاهرها ، ولكن تحليل تلك الأحكام أتاح لنا الكشف عن قاعدة ثابتة سارت عليها الأحكام بإطراد ، وظهر لنا أن ما نسب الى المحاكم من تحولها من رأى الى آخر ، انما هو في الواقع وحقيقة الأمر تطبيق تلك القاعدة الثابتة ، مع مراعاة بعض الظروف الخاصة بالدعاوى التي صدرت فيها تلك الأحكام ، وتتلخص تلك القاعدة الثابتة في أن خطأ الأجنبي يعتبر كاهيا بذاته لدفع المسؤولية ، ما لم يقيم الدليل على أنه كان في وسع المدعى عليه أن يتوقع خطأ الأجنبي ، وأن يتحاشى نتائجه الضارة ، فقصّر في ذلك ، أما ان كان فعل الأجنبي لا خطأ فيه فانه لايعفى المدعى عليه ما لم يثبت أن ذلك الفعل كان غير ممكن توقعه ولا تلافي نتائجه الضارة .

من ذلك يبين أن مذهب محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بأسباب دفع المسؤولية المدنية مذهب منطقي متماسك ومتكامل بالرغم من كل ما رمى به من تناقض وتعارض ، وهو جدير بكل تأييد ، وأن المحاكم المصرية — بالرغم من أن نصوص قوانيننا أشد قصورا من نصوص القانون الفرنسي — قد استطاعت أن تطبق في هذا الخصوص القواعد الصحيحة وأن تتفادى بذلك كل نقد .

ولكننا مادمنّا بصدد تنقيح التقنيات المدنية تنقيحا شاملا ، وقد أسند اجراء هذا التنقيح الى نخبة من أقدر فقهاءنا ، فان من المرجح فيه أن يأخذ التقنين الجديد صراحة وفي عبارات لا تحتمل لبسا أو تأويلا بمبدأ دفع المسؤولية باثبات السبب الأجنبي . ويجب أن يتم فيه تطبيق هذا المبدأ ، في عبارات صريحة وواضحة في كل المواضع التي تحتاج الى تطبيقه فيها ، بحيث يستبعد كل ليس ويسد كل قصور .

في نظرية دفع المسؤولية المدنية

رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة في سنة ١٩٣٦

المقدمة

بقلم حضرة الأستاذ ليون مازو

أستاذ القانون المدني بجامعة باريس وجامعة القاهرة (١٨)

حول أهوام سقارة سراديب وأبهاء عميقة ، قد تتأثر فيها جذاذ من الأواني القيمة ، التي أكسبها بعد العهد ، وطول الأمد ، قيمة تاريخية فوق شيمتها الذاتية ، وفي هذه الأجزاء المتناثرة ييذل المنقبون عن آثار الأقدمين الجهود لجمع أشتاتها ، وضم متفرقاتها ، وبأسلوب يجمع بين قوانين العلم وأحكام الفن يجعلون من كل طائفة متناسبة من تلك الأجزاء مجموعة متألّفة . ويبد صناع ماهرة يجعلون من المتناثر المختلف شكلا مؤتلفا ، يردونها به الى شكلها الذي سواها عليه صانعها القديم في العصور الغابرة ، والقرون الخالية .

ومثل الذين يغوصون في أغوار البحث القانوني مثل هؤلاء المنقبين في سقارة ، كلما أوغلوا في البحث ، وأمعنوا في الاستقراء اظلمت عليهم الآفاق ، وتشعبت بهم المسالك ، ووجدوا من الفروع نثرا لا يحصى ، وهم في محاولتهم ردها الى أصولها واستكناه أسبابها ، يقسمونها الى وحدات متجانسة ، ويلحقون الأشياء بأشباهها ، والأمثال بأمثالها . وبعد جهد وأناة وصبر لا يستطيعه الا أولو العزم من الرجال يصلون

(١٨) منشورة كتقديم للرسالة في النسخة الفرنسية وترجمة كاملة لها في النسخة العربية وفي جريدة الاهرام بعددها الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٦/١

الى تأليف مجموعة قد تناسبت أجزاءها ، وتماسكت وحداتها ، والتقى فيها جلال الحقيقة ، وطرافة الكشف ، ومثانة البنیان ، والفن الرائع .

وكتاب الأستاذ سليمان مرقس الذى يبحث فيه نظرية أسباب دفع المسؤولية المدنية (الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، وفعل المجنى عليه ، وفعل الأجنبى) ولید ذلك النوع من المجهود الجبار .

فى هذا القرن الأخير زادت العناية بقواعد المسؤولية المدنية . حتى صارت كما يقول الأستاذ جوسران حجر الزاوية وقطب الدائرة ، وكان من آثار ذلك أن حالت قواعد تلك المسؤولية وتغيرت ، تابعة فى تغيرها لزيادة الأخطار والأحداث التى تتعرض فيها الأنفس للهلاك ، والأموال للتلف . ولقد صار اتجاهها الى مساعدة المجنى عليه ، وتسهيل الأسباب ليحصل على التعويض عما أصابه من ضرر ، وما ناله من غرم . فلقد كان بمقتضى القاعدة المشهورة « البينة على من ادعى » ، لا يحصل على تعويض الا اذا أقام الدليل على الضرر الذى لحقه ، وعلى خطأ الفاعل الذى سببه ، وأثبت أن ذلك الضرر من هذا الخطأ ، فكانت المساعدة من طريق الكشف عن أنواع من الخطأ يعتبر فيها ثابتا بذاته ، لا يحتاج المدعى الى اقامة الدليل عليه ، كالخطأ الناشئ عن عدم الوفاء بالتعهد ، ولا سيما التعهد بسلامة الغير الذى يشتمل عليه كثير من العقود ، والخطأ الذى ينشأ عن فقد السيطرة على الحيوان أو الأشياء التى هى فى حراسة المدعى عليه . ولقد فرض فى تلك الأنواع أن الضرر ناشئ من ذلك الخطأ الثابت بذاته ، ولا يعفى المدعى عليه من تلك المسؤولية المفروضة الا اذا أقام الدليل على أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه ، لا شأن له فيه . ولقد زيد فى التوسعة على المجنى عليه بالتضييق فى المقصود بالسبب الأجنبى الى أقصى درجات التضييق ، حتى صار لا يشتمل الا على خطأ المصاب والقوة القاهرة .

وبذلك تحقق المقصود من مساعدته ، وارتفع عنه عبء الإثبات ، وأصبح المدعى عليه لا يستطيع اغلاتا من المسؤولية الا اذا أثبت وقوع

خطأ من المصاب نفسه ، أو حصول الضرر بقوة القاهرة • ولما في ذلك
الاثبات من صعوبة ، أصبح من الحق علينا أن نتساءل : أليس الشخص
المفروضة مسؤوليته قد أضحي المعبون الحقيقي الذي تقع عليه تبعة أكثر
الحوادث الضارة ؟

لذلك رأى بعض الشراح اسراغا في الحماية التي منحها المجنى
عليهم ، وبدأ انعكاس القصد من تلك الحماية يرسم اتجاهها جديدا لوقف
ذلك الاسراف • ولكتاب الأستاذ سليمان مرقس المقام الأول في هذا
الاتجاه الجديد ، فلم يساير الذين يرون الحد من دائرة السبب الأجنبي ،
بل اجتهد في توسيع تلك الدائرة تسهلا لاسقاط المسؤولية • فبدأ بتعيين
الأحوال التي يحتاج فيها الى دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي ، ثم حلل
الأسباب الأجنبية الثلاثة وهي القوة القاهرة ، وفعل المصاب ، وفعل
الأجنبي ، وبين أثرها مجتمعة ومنفردة في دفع المسؤولية ، وقد حلل كل
ذلك في دقة فائقة ، تتم على علم غزير •

الواقع أننا لسنا موافقين الأستاذ سليمان مرقس على آرائه في كل
المسائل ، ولكن هل يتسنى الاتفاق على مثل هذه المسائل البالغة أقصى حد
من الدقة ؟ كلا ، ولذلك كان الذي يهمنا أكثر من حل تلك المسائل ، هو
طريقة تعيينها ، وبيان ما فيها من صعوبة يراد حلها • وفي هذا قد وفق
المؤلف كل التوفيق اذ استطاع في لغة جيزة سهلة وعبرة واضحة أن يلقي
شعاعا قويا على كل هذه المسائل ، ولم يترك شيئا منها في الظلام ، فارتفع
بذلك كتابه الى صف الكتب الممتازة التي تعد من الطراز الأول •

ولما كان المؤلف قد قام ببحث موضوعه في القانونين الفرنسي
والمصري ، فقد أصبح كتابه لا غنى عنه لكل من أراد من رجال القانون
في هذين البلدين اجراء أى بحث في السبب الأجنبي وأنواعه ، وهو فوق
ذلك يذكر رجال القانون في فرنسا بأنه توجد بلاد في الناحية الأخرى
من البحر الأبيض المتوسط يقوم فيها غقه وقضاء يعتبران بالنسبة للمفقه
والقضاء الفرنسيين كأنهما اخوان توأمان • فالمحاكم المصرية ، مهما يكن

الأمر ، قد سبقت المحاكم الفرنسية أحيانا في سبيل التقدم ، واقتفت آثارها في أكثر الأحيان . أما الفقه المصرى فإنه بمجرد تكونه يثب وثبة واحدة ويرتفع الى المقام الأول ، وان هذا الكتاب وأمثاله لخير شاهد على ذلك ، فهذه المؤلفات المصرية الفذة خير ما كان يرجوه أساتذتنا الذين تعاقبوا مدى خمسين عاما على أرض مصر يدرسون فيها علم القانون للشبيبة المصرية الفاضلة .

ليون هازو

الأستاذ بكلية الحقوق

بالجامعة المصرية وجامعة جرينوبل

(١٩) انظر ايضا تقديم آخر للرسالة يتسلم الاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة وقت تقديم الرسالة في سنة ١٩٣٦ منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ القسم الثانى باللغة الفرنسية ص ٣٧ وما بعدها ، ومذيل بمقتبسات من تقارير لكبار اساتذة القانون في فرنسا ، ومنشورة ترجمته باللغة العربية في المجلة ذاتها ص ١٠٠ الى ١٠٣ ، وفي مجلة المحامى ، السنة الثمانية المعداد الخامس والعشرون بتاريخ ١١ يناير ١٩٣٧ .

لِقِسْمِ الثَّانِي
مَجْمُوعٌ وَتَعْلِيلَاتٌ عَلَى الْأَمْطَامِ
فِي مَسَائِلٍ أُخْرَى مِنْ مَسَائِلِ لِقَانُونِ الْمَدَنِيِّ

قوة المحررات العرفية في الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذي يطمع فيها بصدورها في مرض الموت (*)

١ — أهمية موضوع المحررات الصادرة من المورث في مرض موته :
إذا توفي شخص عقب مرض يعتبر مرض الموت ، وكان قد تصرف في بعض ماله بعقود عرفية غير ثابتة التاريخ ، فطمع الوارث في هذه العقود ببطلانها لصدورها من المورث في مرض موته ، تعين عليه أولا أن يثبت هذا المرض ، وأن يعين مدته على وجه التصديد ، وبناء على ذلك لا تنفذ في حقه عقود مورثه التي تحمل تاريخا يقع في غمرة المرض الأخير . ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للعقود التي تحمل تاريخا سابقا على فترة المرض ؟ لو كان لهذه العقود تاريخ ثابت بوجه رسمي طبقا للمادة ٢٢٩ مدني ، فلا شك في نفاذها في حق الوارث . أما وقد افترضنا أن العقود غير ثابتة التاريخ ، فيجوز التساؤل فيما إذا كان تاريخها العرفي غير الثابت يعتبر حجة على الوارث كما كان حجة على مورثه (المادة ٢٢٧ مدني) باعتبار الأول خلفا للثاني ، أم يصيب الوارث بالنسبة لهذا التاريخ من طبقة الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ ، فلا يعتبر هذا العقد بالنسبة اليه سابقا على مرض الموت ولا ينفذ في حقه ، دون حاجة به الى اقامة الدليل على حقيقة هذا التاريخ ووقوعه في فترة المرض .

وظاهر أن القول بالرأي الأول من شأنه تسهيل الاحتيال على القانون الذي أعطى الورثة حقوقا معينة في أموال مورثهم (أنظر المواد

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة عدد مارس وابريل ومليو سنة ١٩٤٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

٢٥٤ مدنى وما بعدها وأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالوصية وبتصرفات المريض مرض الموت) ، إذ أنه يمكن المورث من تقديم تاريخ التصرفات الصادرة منه في مرض الموت ، فيجعلها بذلك حجة على ورثته . نافذة في حقهم ، ضارة بهم ، ولم يكن يجوز أن تنفذ في حقهم ، ولا أن تضر بهم .

كما أن القول بالرأى الثانى ليس بأقل خطورة من الأول ، لأنه يسمح للوارث إذا كان المورث قد مرض فترة بسيطة قبل موته (والغالب أن يسبق الموت مرض) ، أن يتمسك بالمادة ٢٢٨ لجعل جميع تصرفات المورث التى يمكن أن تكون قد صدرت منه في أى وقت طوال حياته غير نافذة في حقه لجرد عدم ثبوت تاريخها بوجه رسمى .

لذلك لا يكون مستغرباً أن تختلف الأحكام في هذا الشأن ، بل هي قد اختلفت بالفعل ، فأخذ بعضها بالرأى الأول ، وأخذ بعض آخر ومعظم الشراح بالرأى الثانى . وأخيراً قررت محكمة النقض بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٤١ « أن الوارث يعتبر من الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من المورث إذا كان التصرف قد صدر في مرض الموت أضراراً بحقه في الميراث ، فإذا كان التاريخ المدون في ورقة التصرف سابقاً على بدء مرض الموت وغير ثابت رسمياً ، فإن كل ما يكون للوارث هو أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح ، وأن العقد انما أبرم في مرض الموت » (المحاماة ٢٢ - ٦٦١ - ٢٢٧ ، وأنظر بهذا المعنى أيضاً نقض ٢٣ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٨٧٩ - ٣٧١ ، المجموعة ٤٢ - ٤١٢ - ١٩٣ ، القانون والاقتصاد ١١ - ٣ - ١٩ - ٢٦) .

وواضح من هذا الحكم أن محكمة النقض تعتبر الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه المتوفى عقب مرض ، ولكنها لا تكتفى منه بمجرد تمسكه بعدم ثبوت تاريخ هذه التصرفات ثبوتاً رسمياً طبقاً لما تقضى به المادتان ٢٢٨ و ٢٢٩ ، بل تتطلب منه إقامة الدليل على أن التاريخ العرفي لهذه التصرفات غير صحيح ، وأن تاريخها الصحيح يقع في فترة المرض .

وقد يظهر بادی الرأي أن محكمة النقض أخذت فيما ذهبت اليه بحل وسط من شأنه أن يتلافى عيوب الرأيين السابقين من الناحية العملية على الأقل . ولكن بالتأمل يتضح أن مذهب محكمة النقض — وإن كان في ظاهره يقرب من الرأي الثانى من حيث انه يعتبر الوارث من الغير — لا يخرج في الحقيقة عن الرأي الأول في شيء . وهو الرأي الذى نراه أقرب الى الصواب .

لذلك نرى أن نقرر المبادئ التى تحكم هذا الموضوع أولا ، ثم نناقش الأحكام الصادرة في شأنه على ضوء هذه المبادئ .

— ١ —

تقرير المبادئ

٢ — **النصوص :** بين المشرع قيمة المحرر الرسمى من حيث الاثبات في المادة ٢٢٦ / ١٣١٩ / ٢٩١ مدنى . ثم نص في المادة ٢٢٧ / ٢٩٢ :
١٣٢٢ على أن المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الإمضاء
les écrits c.s.p. font la même preuve entre les parties
وأضاف الى ذلك في المادة ٢٢٨ / ٢٩٣ :
١٣٢٨ قوله : « أن المحررات غير الرسمية لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا » . وقد بينت المادة ٢٢٩ / ١٣٢٨ طرق ثبوت التاريخ ثبوتا رسميا .

ويظهر من هذه النصوص أن العقد العرفى يكون حجة على المتعاقدين به كالعقد الرسمى بشرط واحد هو عدم انكار كتابته أو امضائه ، وقد يفهم منها أيضا أنه لا يكون حجة على غير المتعاقدين مطلقا الا اذا توافر فيه شرط آخر هو ثبوت تاريخه ثبوتا رسميا .

غير أن المشرع لم يقصد ذلك ، وإنما قصد فقط أن تكون حجية

المحرر العرفي بتاريخه مختلفة عن حجته ببقية البيانات الواردة فيه ،
فقرر قواعد عامة تبين حجية المحرر بالنسبة لموضوعه ، ثم خرج على
هذه القواعد في تعيين حجية المحرر العرفي بتاريخه • هيتعين علينا أن
نعرض أولا هذه القواعد العامة ، ثم نردفها بالحكم الخاص بحجية
التاريخ •

أولا : القواعد العامة في حجية المحررات العرفية

٣ — حجية المحررات بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع :
تقول المادة ٢٢٧ في نصها العربي أن المحررات غير الرسمية تكون حجة
على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، ولكنها لا تذكر
شيئا عن مدى هذه الحجية • أما النص الفرنسي لهذه المادة ، فيستفاد
منه أنه جعل للمحررات العرفية المعترف بها ما للمحررات الرسمية
— الوارد حكمها في المادة ٢٢٦ — من حجية أو قوة في الإثبات فيما بين
الطرفين على الأقل ، حيث يقول :

— Les écrits s. s. p. font la même preuve entre les parties
(que les actes authentiques).

وهذا يطابق ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٣٢٢ (١) •

فيجدد بنا أن نعين أولا حجية المحرر الرسمي ، لنعرف مدى حجية
المحرر العرفي ، مبتدئين في ذلك بالقانون الفرنسي ، ثم بالقانون
المصري •

بين المشرع الفرنسي حجية المحرر الرسمي في المادة ١٣١٩ حيث
نص في الفقرة الأولى منها على ما يأتي :

Art. 1322 C. c. f. : L'acte s. s. p., reconnu par celui auquel
on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu a, entre ceux qui
l'on souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi
que l'acte authentique».

«L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants

CAUSE

ويستفاد من ظاهر هذا النص أمران : (١) ان العقد الرسمي حجة على المتعاقدين وورثتهما وخلفهما ، (٢) وان هذه الحجية مطلقة
pleine foi

وقد أجمع الشراح على نقد عبارة هذا النص فيما يتعلق بكلا الأمرين ، فيجب علينا أن نعين ، على ضوء آرائهم ، مدى حجية المحرر بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع .

٤ - القاعدة في حجية المحرر بالنسبة للأشخاص : ففيما يتعلق بذكر الأشخاص الذين يعتبر العقد الرسمي حجة عليهم ، انتقد الشراح عبارة القانون اذ قصرت هذه الحجية على المتعاقدين والورثة والخلف . وقالوا انها عبارة ناقصة ، لأن العقد الرسمي ليس حجة بما دون فيه على هؤلاء الأشخاص فحسب ، بل هو حجة بذلك على جميع الناس . فلا يستطيع أى شخص يواجه بعقد رسمي أن ينكر صدور هذا العقد عن الموظف المختص الذى قام بتحريره ، ولا أن ينكر شيئاً مما ورد فيه على لسان ذلك الموظف . فالواقع أن العقد الرسمي حجة على الكافة
erga omnes

وقد تأثر المشرع المصرى بهذا النقد ، فنص في المادة ٢٣٦/٢٩١ على أن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص
contre toute personne.

هذا بالنسبة للمحركات الرسمية . أما بالنسبة للمحركات العرفية ، فقد رأينا أن المشرع الفرنسى جعل لها ما للمحركات الرسمية من حجية

(٢) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٢٧٣ وما بعدها ، لوران ج ١٩ نبذة ١٣٤ ،
هيك ج ٨ نبذة ٢٢٨ ، بودرى لاكلتيزى ج ٤ نبذة ٢٣٤٥ ، كولان وكابيتان
ج ٢ نبذة ٤٥٠ ، دى باج ج ٣ ص ٦٦٦ .

بالنسبة لموقعيها وخلفهما وورثتهما (المادة ١٣٣٢) • وقد انتقد الشراح هذا التحديد أيضا كما انتقدوه في شأن المحررات الرسمية ، وقالوا ان المحرر العرفي مادام معترفا به من موقعه يعتبر واقعة قانونية لها وجود بالنسبة للكافة ، فلا يستطيع انكاره أحد ، ويجب أن يكون حجة على الجميع بالرغم من التحديد الوارد في المادة ١٣٣٢ الذي يجب أن يصرف النظر عنه كما يصرف عن مثيله الوارد في المادة ١٣١٩ ، ولا سيما أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت كلها تقضى بذلك ، ولا يوجد في الأعمال التحضيرية ما يدل على أن واضعي القانون أرادوا العدول عن هذه التقاليد • واستدل الشراح على ذلك أيضا بنص المادة ١٣٣٨ التي تنص ان المحررات العرفية لا تكون حجة بتاريخها على الغير الا من وقت ثبوت هذا التاريخ بوجه رسمي ، اذ رأوا فيه استثناء من قاعدة عامة تجعل المحرر العرفي حجة على الكافة بما دون فيه (٣) •

أما المشرع المصري ، فالظاهر أنه شغل بهذا الاستثناء الخاص بحجية المحرر بتاريخه عن حجتيه ببقية مشتملاته ، ففرق بين المتعاقدين والغير ، ولكنه جعل هذه التفرقة واردة على حجية المحرر كله ، غير مقصورة على حجية التاريخ • فنص في المادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار المكتابة أو الامضاء ، لكنها لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا بثبوت رسميا •

ويظهر من هذه النصوص أن حجية المحررات العرفية بذاتها مقصورة على المتعاقدين ، وأنه لا تكون لهذه المحررات أية حجية على الغير الا اذا كان لها تاريخ ثابت • غير أنه لا يمكن التسليم بهذا المعنى للظاهر :

(٣) انظر الموسوعة العملية للقانون البلجيكي تحت كلمة preuve

(١) لأن المحرر العرفي المعترف به — كما يقول الشراح الفرنسيون — واقعة قانونية لها وجود ثابت بالنسبة للكافة ، فلا يمكن قصر ثبوتها على المتعاقدين دون غيرهما •

(٢) ولأن الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ هم — كما سنبين ذلك فيما بعد — الخلف الخاص ومن يلحق بهم ، أى الأشخاص الذين ترتب لهم حق متعلق بمال معين لأحد المتعاقدين بحيث يؤثر في حقهم التصرف المردون في المحرر لو ثبت حصوله قبل نشوء حقهم • فإذا كان القانون قد نص على حجية المحررات العرفية على هؤلاء الأشخاص بشرط ثبوت تاريخها ، وإذا كان قد قصر حجية المحررات بغير هذا الشرط على المتعاقدين دون سواهما ، فماذا يكون حكم المحررات العرفية بالنسبة للخلف العام والدائنين ؟ أليكون معقولا التقييد بالتفسير الضيق للمادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ والقول بأن هذا النوع من المحررات ليست له أية حجية على الخلف العام والدائنين ، لا بذاته ، ولا حتى بشرط ثبوت تاريخه ؟ كلا بل ان الواجب اعتبار المحرر العرفي — بالرغم من قصور نص المادة ٢٢٧ — حجة على الكافة ، فيما عدا الأشخاص المقصودين بالمادة ٢٢٨ •

(٣) ولأننا سنرى انه حتى بالنسبة ليؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ يكون المحرر العرفي حجة بذاته ، ولا يحتاج الى ثبوت تاريخه بوجه رسمي الا لا مكان الاحتجاج بتاريخه فقط • فمثلا اذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتهن من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع العرفي الصادر من الرامن ، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخ البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشتري من الاحتجاج عليه بحصول البيع ومن اعتبار نفسه حائزا للعقار المرهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ، ومن وجوب اتخاذ الاجراءات ضده •

اذن يمكننا أن نقرر القاعدة الأولى وهي أن المحرر العرفي يعتبر في

القانون المصرى وفى القانون الفرنسى على السواء حجة بما دون فيه ،
لا على موقعيه ومن يمثلانهم فحسب ، بل على الكافة من الناحية النظرية
على الأقل (الا فيما يتعلق بتاريخه غير الثابت بوجه رسمى) •

٥ - القاعدة فى حجية المحرر بالنسبة لموضوعه :

١ - فى المحرر الرسمى : نصت المادة ١٣١٩ فقرة أولى مدنى
فرنسى على أن للمحرر الرسمى حجية كاملة أى قوة اثبات مطلقة ٥٥٥
L'acte authentique fait pleine foi..

وقد انتقد الشراح هذه العبارة لأنها توحي أن المحرر الرسمى
لا يجوز الطعن فى صحته بأى حال ، مع أن الفقرة الثانية من المادة
١٣١٩ ذاتها تفترض امكان حصول الطعن فيه بالتزوير ، وقالوا ان عبارة
الفقرة الأولى لم يقصد بها الا انشاء قرينة قانونية على صحة المحرر
الرسمى ، هى قرينة غير قاطعة ، اذ يمكن هدمها عن طريق الطعن
بالتزوير •

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا التفسير ، فنص فى المادة ٢٢٦ على
أن « المحررات الرسمية ٥٥٥ تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل
الادعاء بتزوير ما هو مدون بها ٥٥٥ » •

ولكن أليكون معنى ذلك أن كل ما دون بالمحرر الرسمى يعتبر حجة لا يقبل
دحضها الا عن طريق الطعن بالتزوير ؟ كلا ، بل ان الشراح غرقوا فى
ذلك بين أمرين : (١) سلامة المحرر المادية ومطابقته لما أريد تدوينه به
la sincérité des déclarations وحقيقة ما دون به la réalité de l'écrit
واعتبروا المحرر الرسمى فيما يتعلق بالأمر الأول حجة لا يقبل هدمها الا
عن طريق الطعن بالتزوير ، أما فيما يتعلق بالأمر الثانى ، فان حجيته
يجوز هدمها بكافة طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة (٤) •

ويدخل في الأمر الأول صحة توقيع الموظف الرسمي الذي جرى تحرير العقد باسمه ، والبيانات الواردة في المحرر على لسان هذا الموظف مما قام به بنفسه أو عينه أو سمعه من الطرفين اللذين حضرا أمامه والتاريخ الذي وضعه على العقد لأنه أيضا من عمله . فكل هذا لا يمكن أنكاره الا عن طريق الطعن بالتزوير .

أما من حيث حقيقة الأقوال التي أدلى بها الطرفان الى الموظف العمومي ، فقام بتدوينها بناء على ما سمعه منهما ، فليس لهذا الموظف اختصاص في تحريرها ، وكان يجب ألا تكون لهذه الأقوال أية حجية ، ولكن لأنها دونت بناء على طلب الطرفين تكون حجة عليهما وعلى الكافة الى أن يصير اثبات عكسها طبقا للقواعد العامة (هـ) .

وقد أخذ المشرع المصري بهذه التفرفة اذ نص في المادة ٢٢٦ على أن المحررات الرسمية تكون حجة على أي شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة الأمور المحرر لها .
Font preuve contre toute personne jusqu'à inscription de faux des constatations faites par l'officier rédacteur.

فدل بذلك على أنه قصد أن يبين أن حجية المحرر الرسمي ليست مطلقة ، وأن البيانات التي حققها الموظف الذي قام بتحرير العقد تكون حجة الى أن يطمعن فيها بالتزوير ، وأن غير ذلك من البيانات لا يخلو من حجية ، وانما يكون اثبات عكسها طبقا لقواعد الاثبات العادية .

ب - في المحرر العرفي : أما المحرر العرفي ، فيختلف عن المحرر الرسمي في أن الأخير يعتبر في ذاته حجة على صدوره من الموظف الذي حرر باسمه ، بينما الأول لا تكون له هذه الحجية الا اذا اعتسف به

(هـ) انظر المراجع المشار اليها في المجموعة العملية للقانون البلجيكي تحت كلمة اثبات Preuve نبذة ٩٨ ونبذة ١٠٢ .

موقعه ، وفيما عدا ذلك تكون له نفس الحجية التي للمحرر الرسمي (المادة ٢٢٧/٢٩٢/١٣٢٢) الا فيما يتعلق بحجية تاريخه على الغير طبقا للمادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ .

فالمحرر العرفي المعترف به يكون حجة على الكسافة بصوره من موقعه وبسلامته المادية الى أن يطعن فيه بالتزوير (٦) . فاذا ادعى شخص أن المحرر العرفي لم يصدر من الشخص المنسوب اليه توقيعـه بالرغم من اعتراف هذا الأخير بتوقيعه — أو ان عبارة معينة أو تاريخا للمحرر لم يكن موجودا وقت التوقيع بل أضيف بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يثبت دعواه الا بسلوك سبيل الطعن بالتزوير .

أما من حيث حقيقة المدون في المحرر العرفي ، أو بعبارة أخرى من حيث مطابقة المدون في المحرر للواقع الذي جرى بين الطرفين ، فيمكن القول — اذا صرفنا النظر مؤقتا عن نص المادة ٢٢٨ — أن المحرر العرفي يكون حجة قابلة لاثبات العكس طبقا للقواعد العامة .

فما هي القواعد العامة المتعلقة باثبات عكس ما في المحرر ؟ لا شك في أن اثبات عدم حقيقة المدون في المحرر هو أقرب ما يكون الى الطعن بالصورية ، ومن قواعد الصورية أنه اذا ادعى أحد الطرفين بصورية العقد وجب عليه اثبات الحقيقة بالكتابة ، لأنه لا يجوز اثبات عكس المكتوب الا بمكتوب مثله ، ما لم يكن المحرر قصد به الغش أو الاحتيال على القانون فيجوز اثبات عكسه بكافة الطرق (٧) . أما الغير ، فيجوز لهم في جميع الأحوال اثبات العكس بكافة الطرق ، لوجود المانع لديهم من الاستحصال على كتابة (٨) .

(٦) انظر استئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩١٣ (٢٥ من ٣٢١) ، فرون تحت لفظ عقد عرفي نبذة ٣ ، ديولومب ج ٢٩ نبذة ٢٨٠ ، لوران ج ١٩ نبذة ٢٩٢ .

(٧) انظر استئناف مصر ٢٥ أبريل ١٩٤٠ المحللة ٢١ من ٥٦٤ .
(٨) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٣٨٢ ، بلانيول وريبير ج ٧ نبذة ١٣٨٢ ، =

ج - تعيين الغير بالنسبة للصورية : فمن هم « الغير » الذين يجوز لهم في جميع الأحوال اثبات الصورية بكافة الطرق ؟ - هم من الناحية النظرية على الأقل كل الأشخاص الذين لم يوقعوا المحرر ولم يكونوا ممثلين في توقيعه . فيخرج بذلك موقع المحرر ، وإذا كان الموقع نائباً عن غيره يخرج أيضاً الأصل (كالموكل بالنسبة لتوقيع الوكيل ، والقاصر بالنسبة لتوقيع الوصي ، والمحجور عليه بالنسبة لتوقيع القيم ، ومالك المال الموضوع تحت الحراسة بالنسبة لتوقيع الحارس ، والدائن الذي يستعمل الدعوى غير المباشرة عن مدينه الخ) ، ويخرج كذلك الخلف العام لموقع المحرر أى ورثته لأنه يمثلهم (٩) ، وخلفه الخاص الذي تلقى

= دى باج ج ٣ نبذة ٧٦٧ ، ٨٧٩ ب والدكتور محمد على عرفه في حجية المحررات العرفية في الإثبات مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة ص ١٥٩ .

(٩) ولكن يلاحظ أن محكمة النقض لا تعتبر الورثة ممثلين في شخص مورثهم إلا إذا كان هذا المورث لم يتصرف اضراً بهم . أما أن تصرف بقصد الأضرار بهم ، فإنه يكون خصماً لهم ، ولا يمكن اعتباره ممثلاً لهم . فإذا طعنوا في تصرفه بالصورية وجب اعتبارهم أجانب عن العقد المعلن فيه ، وجاز لهم أن يثبتوا مطاعنهم بكافة الطرق . وقد عللت ذلك محكمة النقض بأن « الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث أبان حياة مورثه حقاً في ماله ينحجز به المورث عن التصرف بالوصية لو ارث . وهذا الحق يكون كاملاً ولا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث ، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطعن به الوارث على تصرفات المورث الماسة بحقه وتطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحق له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات » (نقض ٢٧ فبراير ١٩٣٦ الحلبية ١٦ - ٨٧٨ - ٤٠٢) .

وبناء على ذلك قررت في حكم آخر أنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في حجية التصرف الصادر منه لأحد الورثة إلا إذا خلا هذا التصرف من كل طعن . أما إذا كان في هذا التصرف مساس بحق وارث في الشركة غشاً وتدليساً وتحيلاً على مخالفة أحكام الإرث ، ففي هذه الحالة بنعم تمثيل الوارث لمورثه ويعتبر لجنباً عنه ، ويباح له إثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض ١٥ أبريل ١٩٣٧ الحلبية ١٧ - ١١٥٢ - ٥٨٣ ، وأنظر أيضاً ٢٠٠ - ١٢٧) .

استئناف مصر ٢١ مايو ١٩٣٥ الحلبية ١٦ - ٢٠٠ - ١٢٧) .
غير أنى أرى أنه مادام الأصل أن الوارث يعتبر ممثلاً في شخص مورثه ، فإذا ادعى الوارث أن تصرفاً معيناً صدر من مورثه صورياً بقصد الأضرار =

منه حقا متعلقا بموضوع العمل القانوني المدون في المحرر بعد صدور ذلك العمل القانوني . أما الدائنون العاديون ، فانهم ، وان كانوا يتأثرون بتصرفات مدينهم بقدر ما تؤثر في ذمته المالية وفيما لهم من حق الضمان العام على هذه الذمة ، قد توجد لهم مصالح تتعارض مع مصلحة مدينهم وتجعل منهم رقباء عليه وخصوصا له في بعض الأحيان ، فهم تارة يلحقون بالخلف العام ، وتارة يعتبرون من الغير .

وبناء على ذلك يقتصر فريق « الغير » على : (١) الخلف الخاص لكل من وقع المحرر اذا كان صدور العمل القانوني المدون في المحرر تاليا لانتقال الحق الى الخلف ، (٢) ودائني موقع المحرر اذا اختصموا مدينهم في حقيقة موضوع المحرر (١٠،١١) .

هؤلاء فقط هم من الناحية العملية المتصودون « بالغير » الذين يجوز لهم اثبات الصورية في جميع الأحوال بكافة الطرق . ويقابلهم موقعو المحرر وخلفهم العام وخلفهم الخاص بالنسبة للمحررات السابقة

= به ، فان مجرد ادعائه ذلك لا يبرر قطع الصلة بينه وبين مورثه ولا يفيد اعتباره اجنبيا عنه طالما ان قصد الغش لم يثبت ، بل يقع عليه عبء اثبات الغش الذي سيتربط عليه انقطاع التمثيل بينه وبين مورثه . ويكون شأنه في ذلك بالنسبة للصورية شأن المتعاقدين انفسهما وخلفهما العام ، فلذا ابيح له الاثبات بكافة الطرق فلا يكون ذلك لاعتباره من الغير ، بل لان الواقعة التي يطلب اثباتها تنطوي على غش .

(١٠) انظر جوسران ج ٢ نبذة ٣٢٧ ثانيا ، بلانيول ج ٢ نبذة ١١٩٥ ، السنهوري في نظرية العقد ص ٨٣١ نبذة ٧٥٥ وما بعدها ، والدكتور عرفة ص ١٦١ .

ويلاحظ انه من الناحية النظرية يعتبر ايضا من الغير بالنسبة للصورية كل شخص ليست بينه وبين موقع المحرر صلة با . ولكن نظرا لان الدعوى او الطعن متبذة بالصلحة ، ولان الاشخاص الذين لا تربطهم بموقعي المحرر اية صلة لا توجد لهم مصلحة في الطعن في حقيقة المحرر ، فلا يقبل منهم هذا الطعن ولا يعتبرون من الناحية العملية داخليين في طبقة الغير بالنسبة لحقيقة المحرر .

(١١) يضاف الى ذلك طبقا لراى محكمة النقض فريق الورثة السفين يكون التصرف الصوري حاصلًا اضرارًا بحقهم (انظر الصفحة السابقة هامش ٩) .

لحقه ، وهم لا يجوز لهم اثبات خلاف المدون في المحرر الا بالكتابة ، فيما عدا حالة الغش أو الاحتيال على القانون .

وبناء على ذلك نستطيع أن نجمل القاعدة بشأن حجية المحررات العرفية بالنسبة لموضوعها في أن المحرر العرفي المعترف به حجة بوجوده وبسلامته الى أن يطعن فيه بالتزوير ، وأنه حجة بحقيقة ما دون فيه الى أن يثبت عكسه ، وأن اثبات العكس لا يجوز من أحد موقعي المحرر الا بالكتابة فيما عدا حالة الغش ، ويجوز من الغير بكافة الطرق .

ثانيا : القاعدة الخاصة في شأن حجية المحرر العرفي بتاريخه

٦ — النصوص الخاصة : تاريخ المحرر هو أحد البيانات المدونة فيه ، وهو في المحرر الرسمي من عمل الموظف المختص ، فيكون حجة على الكافة ، ولا يطعن في صحته الا بالتزوير . أما في المحرر العرفي ، فهو من عمل موقعيه ، وكان يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون حجة بحقيقته على الكافة الى أن يثبت عكسه وفقا لتلك القواعد ذاتها .

غير أن المشرع وقف من تاريخ المحررات العرفية موقفا خاصا ، خرج به عن تلك القواعد العامة ، فنص في المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ على أن هذه المحررات « لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا » (١٢) .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع قسم الأشخاص بالنسبة لحجية التاريخ العرفي الى فريقين :

(١٢) لاحظنا على هذا النص ان به عيبا ظاهرا من حيث انه يوحي أن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير بشيء مطلقا ما لم يكن له تاريخ ثابت ، مع أن الواقع أن المحرر العرفي يكون حجة بوجوده على الكافة بمجرد اعتراف موقعه به ودون حاجة الى ثبوت تاريخه ثبوتا رسميا ، ولذلك نرى أن عبارة المادة ١٣٢٨ فرنسي أقرب الى أداء الغرض المقصود من عبارة المادة ٢٢٨/٢٩٣ مصري حيث تقول :

Les actes s.s.p. n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été entre gistrés..

(١) فريق المتعاملين بالمحرر العرفي ومن يلحق بهما • وهؤلاء يكون المحرر العرفي حجة عليهم بتاريخه ، ولكن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل هي قابلة لإثبات العكس ، فيعتبر التاريخ العرفي صحيحا بالنسبة لهؤلاء الأشخاص الى أن يتمكنوا هم من اثبات عدم صحته طبقا لقواعد الإثبات العامة (١٣) •

(٢) وفريق « الغير » ، وهم الأشخاص الذين أراد المشرع حمايتهم ، فبطل تاريخ المحرر العرفي لا يحتج به عليهم الا اذا كان ثابتا بوجه رسمى • هؤلاء الأشخاص يكتفى منهم بأن يتمسكوا بعدم ثبوت التاريخ رسميا ، حتى يعتبر ذلك التاريخ كأنه غير موجود أصلا ، ولا يقع عليهم أى عبء من الإثبات فى هذا الشأن ، بل انه لا يجوز لمن يتمسك بالمحرر العرفي ضد هذا الفريق من الأشخاص أن يثبت هو صحة تاريخ ذلك المحرر ، مادام التاريخ ليس ثابتا بأحد الأوجه المبينة فى المادة ٢٢٩ •

ولكن يلاحظ أن معنى الغير فى عرف المادة ٢٢٨ مسلم بأنه يختلف عن المقصود بالغير فى مواضع أخرى كثيرة ، بل هو يختلف حتى عن « الغير » فى الطعن بالصورية • فاذا أردنا تحديد هذا المعنى وجدنا الأمر ليس بالهين ، فلا هو متفق على تعريفه ، ولا الشراح وضعوا له معيارا يصلح أن يكون أساسا لقاعدة عامة ، بل نجدهم اختلفوا فى كثير من التطبيقات •

وانى أرى أنه مما يسهل مهمة تعيين « الغير » فى عرف المادة ٢٢٨ تحرى أهمية التاريخ فى المحررات ، وبيان الحكمة التى قصد اليها المشرع من وراء هذا النص •

٧ — أهمية التاريخ في المحررات ، وحكمة تشريع المادة ٢٢٨ :

الأصل في الأعمال القانونية أنها ، متى توافرت فيها شروط صحتها ، تنتج أثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها ، فيستقيد بها المتعاقدان ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف أثرها مهما كان تاريخها الى الخلف العام ، ويتعدى الى الدائنين الذين ليس لهم الا حق الضمان العام .

أما الخلف الخاص ، فقد رأينا أن أهم وجهين ، فهم من الخلف بالنسبة للأعمال السابقة على حقهم ، ومن الغير بالنسبة للأعمال اللاحقة ، أى أن نفاذ التصرف القانوني في حقهم يتوقف على تعيين تاريخه ، ومن ثم كانت لهذا الفريق من الأشخاص مصلحة جوهرية في تعيين تاريخ التصرفات الصادرة من السلف بشأن موضوع الحق الذي تلقوه منه ، وفي الظن في صحة هذا التاريخ ولو مع التسليم بصحة التصرفات ذاتها ، وكانوا معرضين لنوع من الغش ، سهل وقوعه عظيم خطره ، هو الغش الذي يقع من السلف بتقديم تاريخ تصرف تال لحق انخلف وجعله سابقا على هذا الحق حتى ينصرف أثره الى الخلف ، ويحتج عليه بالمحرر الذي تضمنه (١٤) . فاذا طبقنا القواعد العامة على هذه الحالة ، كان المحرر حجة على الخلف الخاص بكل ما دون به ، بما في ذلك تاريخه ، ووقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة التاريخ الذي يحمله المحرر وتعيين حقيقته . ولكن المشرع رأى أن سهولة تقديم التاريخ ، وجسامته ما يترتب على ذلك من ضرر بالنسبة للخلف الخاص ، وصعوبة عبء الاثبات الذي تلقيه عليه القواعد العامة ، كل ذلك يقتضى تنظيم حماية استثنائية للخلف الخاص ومن في حكمه ضد هذا النوع من الغش السهل . ولتحقيق هذه الحماية نص على الاستثناء الوارد في المادة ٢٢٨ (١٥) .

(١٤) انظر ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٢٦ ، وتعليق لابييه على حكم استئناف Caen ٢٨ مايو ١٨٧٩ سرى ١٨٨٠ — ٢ — ٢٨١ .
(١٥) قارن الدكتور عرفة في بحثه السالف الإشارة اليه ص ١٧١ .

واستنادا الى حكمة التشريع هذه يمكننا (أولا) أن نصدد دائرة تطبيق هذا النص الاستثنائي ، و (ثانيا) أن نستبعد الأشخاص الذين لم يوضع هذا النص لحمايتهم ، و (ثالثا) أن نبين الأشخاص المذين تقررت هذه الحماية لأجلهم ، و (رابعا) أن نستنبط من كل ذلك التعريف الجامع المانع للغير في عرف المادة ٢٢٨ .

٨ — دائرة تطبيق المادة ٢٢٨ : تنطبق المادة ٢٢٨ على المحررات العرفية ، أى على الأوراق الموقعة التى أعدت لتكون دليلا كاملا بما تضمنته ، ففى لا تنطبق على اثبات تاريخ العقود الشفوية ، ولا على الأوراق التى لا تعتبر الا مبدأ ثبوت بالكتابة .

ويشترط أن يكون العمل القانونى الذى أعد المحرر لاثباته عملا مدنيا ، اذ أن الأعمال التجارية لا تخضع فى اثباتها الى قواعد القانون المدنى ، ومنها نص المادة ٢٢٨ (١٦) .

ويشترط أيضا أن يكون هذا العمل القانونى المدنى غير خاضع لأى نظام خاص ، كالسجل مثلا ، يترتب عليه ثبوت تاريخه بحكم هذا النظام (١٧) .

٦ — الأشخاص الذين لا يستفيدون من نص المادة ٢٢٨ : لا يستفيد من نص المادة ٢٢٨ الأشخاص الذين وقعوا المحرر والذين كانوا ممثلين فى توقيعه . وقد أجمع الشراح على أنه يدخل فى هذه الفئة الأخيرة الأصيل بالنسبة للمحرر الذى وقعه نائبه ، والورثة بالنسبة للمحرر الموقع من مورثهم ، واختلفوا فى شأن الدائنين بالنسبة للمحررات الموقعة من مدينهم (١٨) .

(١٦) جوسران ج ٢ نبذة ١٩٠ مقرة ثانية .

(١٧) بلانبول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٦ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٢ ، جوسران ج ٢ نبذة ١٩٢ .

(١٨) انظر فى هذا الخلاف دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٣ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه .

هؤلاء الأشخاص يعتبر المحرر العرفي حجة عليهم بتاريخه ، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل هي لا تختلف عن حجية المحرر بباقي ما دون به من بيانات ، أى أنه يجوز لهؤلاء الأشخاص إقامة الدليل على عدم صحتها طبقاً للقواعد العامة .

فاذا وقع القاصر محرراً عرفياً دون فيه حصول عقد كان يحتاج فيه الى الأهلية الكاملة ، فأرخه بتاريخ تال لوقت بلوغه سن الرشد ، أو وقع المحجور عليه محرراً أرخه بتاريخ سابق على توقيع الحجر ، فسان التاريخ الذى يحمله المحرر يكون حجة على كل منهما بعد بلوغ الرشد أو رفع الحجر عنه ، فاذا أراد أيهما أن يضمن فى صحة هذا التاريخ ، كان الأصل ألا يقبل منه ذلك الا بالدليل الكتابى ، ولكن نظراً لأن الأمر المراد اثباته من شأنه اثبات الاحتيال على القانون ، فيجوز لهما اثباته بكافة الطرق (١٩) . وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى حكمين لها صادرين من دائرتين مختلفتين بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٢٨ (المحاماة ٩ — ٧٠ — ٤٧ والمحاماة ٩ — ٧٣ — ٤٨) (٢٠) .

(١٩) فوزيه هريمان المادة ١٣٢٨ نبذة ٥ الى ٧ .
(٢٠) وقد وردت فى الحكم المنشور فى المحاماة تحت رقم ٤٨ (وهو الصادر من دائرة مصطفى محمد وبهى الدين بركات واحمد أمين) العبارة الاتية : « وحيث انه لا نزاع فى ان التاريخ العرفي للعقود حجة على المتعاقدين فيها ، وفى انه لا يرجع للتاريخ الثابت الا فيما يتعلق بالغير . ولكن محل ذلك اذا لم يثبت حصول غش أو تواطؤ بين المتعاقدين فى اثبات تاريخ غير صحيح للهرب من احكام القانون » .
وورد فى الحكم المنشور تحت رقم ٤٧ (دائرة زكى برزى وعبد الباقي زكى النقشبرى وعلى عبد الرازق) ما يأتى : « وحيث ان الاصل هو ان المحررات الغير رسمية تكون حجة على المتعاقدين ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، وحيث ان هذه القاعدة ، بل وكافة القواعد القانونية ، لا يعمل بها الا فى حالة الغش والتواطؤ ، وحيث انه من المقرر علماً وعملاً ان كسافة المحررات العرفية التى لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على الحجر يجوز للقيم على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه اذا بلغ رشده أو زالت عنه اسباب الحجر أن يضمن فيها بان التاريخ الموضوع عليها قد وضع على غير حقيقته وحصل تقديسه ، وحيث انه تطبيقاً للمبدأ القائل بان الغش لا يصح أن يؤخذ بطريق الظن والتخمين ، بل لابد من اقامة الدليل عليه ، يكون اثباته

كذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا وقع الوكيل أو القيم ، بعد عزل أى منهما ، محررا عرغيا أرخه بتاريخ سابق على عزله من التوكيل أو من القوامة ، فإن هذا التاريخ يكون حجة على الموكل أو على القيم التالى حتى يثبت عدم صحته . ولكنها نظرا لأن ما يراد اثباته فيه احتيال على القانون أجازت للموكل وللقيم التالى اثبات حقيقة التاريخ بكافة الطرق (٢١) .

فإذا توفى القاصر أو الموكل أو المحجور عليه ، حل محله ورثته ، وكان حكمهم من حيث جواز طعنهم في صحة التاريخ حكم مورثهم في ذلك . وقد أخذت بذلك محكمة النقض بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٤١ حيث قررت أن « التاريخ العرفي المعترف به من المورث يكون دائما حجة على الوراث حتى يقيم الدليل على عدم صحته اذا كانت له مصلحة خاصة في ذلك . ومادام هو لم يقدم الدليل على صحة هذا التاريخ ولم يطلب إحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد في تاريخ معين ، فإخذ المحكمة بالتاريخ الوارد في العقد لا مخالفة فيه

= عكس التاريخ الموضوع على العقد واقعا على عاتق المحجور عليه الذى زالت اسباب الحجر عنه أو على عاتق القيم عليه ، ولها أن يثبت ذلك بكافة طرق الثبوت بما فيها البينة والقرائن » .

وقد يفهم من هذه الحيثيات أن المحكمة تعتبر للتاريخ العرفي فيما بين الطرفين حجية مطلقة ، أى أنه لا يجوز نقضها بالدليل العكسى الا في حالة الغش أو التواطؤ . ولكن حقيقة الامر أن المحكمة كان مهتما منصرفا الى وقائع الدعويين ، وهى وقائع منظوبة على الغش ، للوصول الى الحل القانونى في هذه الوقائع بالذات ، فأصاب الحل الصحيح في شأن حجية التاريخ العرفي وجواز اثبات الغش فيه بكافة الطرق .

(٢١) انظر بالنسبة للموكل استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٠)
ص (٤١١) ، دى هلنس كلية نبذة ٧٠ ، وبالنسبة للمحجور عليه أو القيم التالى استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٣٠ (٤٢) ص (١٦٥) ، وانظر أيضا ٦ مايو ١٩١٥ (٢٧) ص (٣٢٥) ، ١٢ ديسمبر ١٩١٨ (٣١) ص (٦٨) ، ٣ يونيه ١٩٢٢ (٣٤) ص (٤٥٢) ، دى هلنس نبذة ٦٩ ، وراجع بهذا المعنى أيضا احكام المحكم الفرنسية في فوزييه هرمان المادة ١٣٢٨ نبذة ١١ الى ١٩ ونبذة ٢٦ - ٢٧ .

• للقانون « (٢٢) •

أما الدائنون العاديون الذين ليس لهم الا حق الضمان العام ، فمادام لم يقرتب لهم حق خاص متعلق بمال معين من أموال مدينهم ، فيتعدى اليهم أثر تصرفات المدين من حيث انه يزيد أو ينقص في مشتملات ذمته المالية بصرف النظر عن تاريخ هذه التصرفات وكونها سابقة أو تالية لحق الدائنين • فلا خطر عليهم من تقديم التاريخ أو تأخيرها ، اذا كان التصرف مسلما بحصوله • فاما أن يطعنوا في صحة المحرر من حيث حقيقة التصرف المدون فيه أو حقيقة أركانه ، فيقع عليهم عبء اثبات الحقيقة ، واما أن يسلموا به ، فيتقيدون به ويكون المحرر حجة عليهم بكل ما دون به ، بما في ذلك تاريخه (٢٣) •

كذلك لا يستفيد من نص المادة ٢٢٨ الأشخاص الذين لا تربطهم بأحد من المتعاقدين صلة ما ، اذ أنه بالنسبة لهؤلاء الأشخاص يعتبر المحرر العرفي حجة بما دون به من الناحية النظرية فقط • أما من الناحية العملية فلا يتصور أن تكون لهم مصلحة في الطعن في حقيقته ولا في حقيقة تاريخه حتى يحتاجوا الى الحماية التي قررها المشرع في المادة ٢٢٨ (٢٤) •

١٠ - الأشخاص المتصودون بالغير في المادة ٢٢٨ : فإذا استبعدنا كل هؤلاء الأشخاص ، لم يبق الا الخلف الخاص ومن في حكمهم ، وهم

(٢٢) مجلة القانون والاقتصاد ١١ - ٢ - ٢٢ - ٢٢ ، وانظر في هذا المعنى دى هلنس نبذة ٧١ ، وديمولومب جزء ٢٩ نبذة ٥٢١ ، وفوزيه هرمان المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٢ الى ٣٧ ، والدكتور عرفة ص ١٦٣ •
(٢٣) نقض فرنسي ٢٨ يونيو ١٨٧٥ مسرى ١٨٧٥ - ١ - ٣٠٩ ، دالوز ١٨٧٥ - ١ - ٤٦٩ ، أوبري ورو ج ١٢ ص ٢٣٥ ، بلانبول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، دى هلنس كلية actes نبذة ٧٨ ، والدكتور عرفة ص ١٦٤ ، قارن دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٣ و ٧٩٤ رابعا •
(٢٤) بلانبول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، وانظر تعليقات فوزيه هرمان الجديدة على القانون المدني سنة ١٩٣٨ المادة ١٣٢٨ نبذة ٤ والمراجع المذكورة فيها ، قارن دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٣ ب •

الأشخاص الذين تلقوا من السلف حقا متعلقا بمال معين من أمواله .
هؤلاء هم الوحيدون الذين يختلف مركزهم بالنسبة لتصرفات السلف
المتعلقة بذات المال الذي ترتب لهم حق فيه تبعا لتاريخ تلك التصرفات .
فهم يعتبرون من الخلف بالنسبة لهذه التصرفات اذا كانت سابقة على
ثبوت حقهم ويتعدى اليهم أثرها ، ويعتبرون من الغير بالنسبة لآثار
التصرفات اللاحقة ولا تتعدى اليهم هذه الآثار .

فاذا كان تاريخ تلك التصرفات ثابتا بوجه رسمي ، فان ذلك يكفي
لتعيين مركز هؤلاء الأشخاص بالنسبة لأثر تلك التصرفات من حيث
اعتبارهم خلفا أو غيرا . أما اذا كان تاريخها غير ثابت ، فيخشى أن يقدم
التاريخ المدون في المحرر المثبت لها عن حقيقته - اضارا بهؤلاء
الأشخاص - لجعلهم من الخلف حيث كان يحق لهم أن يعتبروا من
الغير .

لذلك وضع المشرع القاعدة الواردة في المادة ٢٢٨ ، وبمقتضاها
أنشأ ، فيما يتعلق بالمحررات العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت ، قرينة
قانونية قاطعة على أن الشخص الذي تلقى من أحد موقعي المحرر حقا
ثابتا متعلقا بمال معين من أمواله يعتبر من الغير لا من الخلف بالنسبة
لأثر التصرفات المدونة في تلك المحررات ، أو بعبارة أخرى ان المشرع
افترض غرضا غير قابل لاثبات العكس أن التصرف المدون في المحرر
العرفي الذي ليس له تاريخ ثابت هو في الحقيقة لاحق لثبوت حق الخلف
الخاص ، ولو كان ذلك المحرر يحمل تاريخا سابقا . فلا يجوز لمن يتمتع
بالمحرر العرفي غير ثابت التاريخ أن يطلب الاذن له باثبات حقيقة ذلك
التاريخ بغير الطرق المنصوص عنها في المادة ٢٢٩ (٢٥) . وقد طبق
المشرع هذه القاعدة في باب الايجار اذ نص في المادة ٤٧٤/٣٨٧ على أن
الايجار يفسخ ببيع الشيء المستأجر اذا لم يكن لسند الايجار تاريخ
ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ البيع الثابت رسميا .

أذن الأشخاص المقصودون بالغير في المادة ٢٢٨ هم أولا وقبل كل شيء الخلف الخاص الذين تلقوا من أحد موقعي المحرر حقا ثابتا متعلقا بموضوع التصرف المدون في المحرر الذي ليس له تاريخ ثابت . ويكتفى منهم بأن يثبتوا الحق الذي تلقوه ، فلا يحتج عليهم بتاريخ المحرر العرفي المثبت لتصرف متعلق بموضوع هذا الحق (٢٦) .

ولكن أينفرد الخلف الخاص بهذا المركز الممتاز ، أم أن هناك أشخاصا آخرين يمكن أن يوجدوا في مثل هذا المركز ؟

من البدهي أن المتعاقدين لا يمكن أن يوجدوا في مثل هذا المركز ، وكذلك الأصلاء بالنسبة للنائبين عنهم في توقيع المحرر ، ومن الواضح أيضا أن الورثة أى الخلف العام يكون ثبوت حقهم في الارث تاليا لجميع تصرفات المورث ، اذ بوفاة المورث تصبح جميع المحررات الصادرة منه ثابتة التاريخ قبل الوفاة ، أى قبل ثبوت حق الورثة ، فلا يكون الورثة في مثل مركز الخلف الخاص . والدائنون أيضا مادام ليس لهم الا حق الضمان العام على ذمة مدينهم المالية ، فانهم لا يكونون في مثل مركز الخلف الخاص (٢٧) .

أما اذا أوقع الدائنون الحجز على مال معين من أموال مدينهم ، سواء كان هذا المال منقولاً أو عقارا أو دينا لمدينهم في ذمة الغير ، فقد رتب القانون على الحجز حبس هذا المال ووضعه تحت يد القضاء على ذمة الدائنين الحاجزين حتى يستوفوا من ثمنه حقوقهم (٢٨) .

(٢٦) انظر توبييه هرمان على المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٩ — ٤٦ .
(٢٧) دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ رابعا .
(٢٨) بوسرى ج ٤ نبذة ٢٣٥٩ ، بلانول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، كولان وكليبتان ج ٢ نبذة ٤٥٤ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ب ، دى هلنس كلمة actes نبذة ٧٨ ، وانظر المادة ٤٧١ مرافعات والمواد ٤٤٣ مرافعات وبها يليها ، وراجع الدكتور محمد حابدي في تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية سنة ١٩٣٧ نبذة ١٨١ ونبذة ٢٥٨ ونبذة ٢٣٣ =

ومعنى حبس المال المحجوز على ذمة الدائن تعلق حق الدائن بالمال المحبوس . فالدائن الحاجز يترتب له بحكم القانون حق خاص على المال المحجوز ، فيوجد بذلك في مثل مركز الخلف الخاص (٢٩) . ويثبت مثل هذا الحق الخاص أيضا لكل دائن يتدخل في إجراءات التنفيذ بعد توقيع الحجز على مال معين ، أو يقوم بأى إجراء يترتب عليه القانون ما يترتب على الحجز من حقوق .

فيجدر بنا أن نعرض حالات الدائنين العاديين المختلفة التي يعتبرون فيها من الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ .

إذا أوقع الدائن حجزا تنفيذا على مال منقول من أموال مدينه ، فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا المال بالذات ، كعقد بيع مثلا (٣٠)

وإذا أوقع الدائن حجزا على عقار للمدين وسجل هذا الحجز (في القانون المخطئ) أو سجل ضده تنبيه نزع الملكية (في القانون الأهلئ) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالمعقود العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا العقار الا اذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تسجيل الحجز أو على تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣١) .

= وما يليها ، وعبد الفتاح السيد واحد تمحة في التنفيذ سنة ١٩٢٤ ص ٢٤٩ و ص ٢٨٤ وما يليها .

(٢٩) انظر استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٩٩) الحاماة ١٧ — ٩٣٦ — ٧٣ ، والدكتور عرفة ص ١٦٥ .
(٣٠) انظر بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ ب ، لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٣ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ، وتعليقات موزيبه هرمان الحديثة على المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٩ وما يليها ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، نشأت فى الإثبات ص ١٢٢ نبذة ٢٠٢ .

(٣١) نقض مدنى مصرى ١٩ يناير ١٩٣٣ القانون والاقتصاد ٣ — ٧٣ . ٩٠ ومجموعة القواعد القانونية ١ — ١٦٥ — ٩٣ ، ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٧٥٨ — ٢٨٢ ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، ونشأت فى الإثبات ص ١٢٣ نبذة ٢٠٢ ، والمراجع الاخرى السابقة .

وإذا وقع الدائن حجزاً على مال المدينين لدى الغير ، فلا يجوز الاحتجاج عليه بتاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا المال (والغالب أن يكون ديناً) الا اذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى . فمثلاً لا يجوز للمحجوز لديه أن يتمسك قبل الدائن الحاجز بتاريخ محركات عرغية يستند اليها في اثبات ابرائه من الدين ، أو استبدال الدين ، أو حصول مقاصة بينه وبين دائن آخر ، الا اذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى ، وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى (٣٢) . ولا يستثنى من ذلك الا المخالصات الصادرة من المحجوز عليه للمحجوز لديه عن الدين المحجوز ، اذ أنه من المسلم به فقها وقضاء أنها تكون حجة بتاريخها على الدائن الحاجز بالرغم من عدم نص القانون على ذلك (٣٣) . وقد حار الفقهاء فى تعليل هذا الاستثناء : ولكنهم سلموا جميعاً بضرورته من الناحية العملية ، نظراً لما كان يقع على المدينين من ارهاق لو ألزموا بتسجيل تاريخ المخالصات التى تطلى لهم عن كل قسط يسددونه من ديونهم . ولم يجدوا سنداً لهذا الاستثناء الا الرجوع الى تقاليد القانون الفرنسى القديم وعدم توافر أى دليل على أن واضعى قانون نابوليون قد قصدوا الخروج على هذه التقاليد (٣٤) .

أما المحاكم الفرنسية ، فلم تعتبر الدائن الحاجز فى هذه الحالة من

(٣٢) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ ب ، أوبرى ورو ج ١٢ نبذة ٧٥٦ والهامش ١٢٢ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥١ ، وانظر فى الفقه البلجيكي لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٤ ، ودى باج ج ٣ ص ٧٤٣ ، وتعليقات Beljens على القانون المدنى البلجيكي المادة ١٢٢٨ نبذة ٥٦ و ٥٧ ، وفى الفقه المصرى دى هلنس actes نبذة ٧٩ ، وقارن نشأت فى الاثبات ص ١٢٥ نبذة ٢٠٣ و ٢٠٣ مكرر . (٣٣) ديولوب ج ٢٩ نبذة ٥٣٩ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٢٧٨ ، بلانيول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٦ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ١٩٠ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٤٥٥ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٢ ، نشأت نبذة ٢٠٣ ، دى هلنس نبذة ٧٩ ، نقض فرنسى مدنى ٢٩ أكتوبر ١٨٩٠ سبرى ١٨٩١ — ١ — ٣٠٥ دالوز ١٨٩١ — ١ — ٤٧٥ ، استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣٦ المحابة ١٧ — ١١٦ — ٥٧ ، استئناف مخطوط ٣ يونيه ١٩٢٦ (٣٨) ص ٤٦٣ . (٣٤) انظر ديولوب ج ٢٩ نبذة ٣٩ والمراجع الاخرى السابقة . وقارن الدكتور عرمة ص ١٦٦ .

الغير (٣٥) • والظاهر أنها تأثرت في ذلك باعتبارين : أولهما عملي ،
والثاني فقهي •

فمن الناحية العملية ، كانت المحاكم تشعر بضرورة جعل المخالفات
التي يتمسك بها المحجوز لديه ضد الدائن الحاجز حجة بتاريخها على
هذا الأخير ، دون التفات الى ما لهذه الحجة من صفة استثنائية كما
رأينا • ومن الناحية الفقهية رأت أن الدائن الحاجز انما هو في الواقع
يستعمل حق مدينه قبل مدين المدين ، فيعتبر نائب عنه كما في الدعوى غير
المباشرة ، ولا يصح اعتباره من الغير •

ولكن يرد على هذا الاعتبار الأخير بأن الدائن الحاجز — ولو أنه
يطلب بحق مدينه ويعتبر الى حد ما خلفا له على هذا الحق — انما يطلب
بهذا الحق لنفسه ويوقع الحجز عليه لمصلحته ضد مدينه ، ويرتب له
القانون من وقت هذا الحجز حقا خاصا يتعلق بالمال المحجوز عليه تحت
يد الغير ، مظهره حبس ذلك المال عن المدين المحجوز عليه • ولا فرق في
ذلك بين الحاجز تحت يد الغير والحاجز على منقولات أو عقارات مملوكة
للمدين ، فكلاهما يصبح في مثل مركز الخلف الخاص ، أى أنه يتوقف
اعتباره خلفا أو غيرا على ثبوت تاريخ التصرفات الصادرة من مدينه ،
فيستفيد من الحماية التي قررتها المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ •

وقد أخذت بذلك المحاكم البلجيكية (٣٦) •

والمرجع نفسه قد أورد في باب الحوالة نصا يدل على انه يعتبر
الدائن الحاجز تحت يد الغير من الأشخاص الذين لا يحتج عليهم بتاريخ

(٣٥) نقض فرنسي ٢٩ أكتوبر ١٨٩٠ السابق الإشارة اليه ، وانظر
ايضا استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٣٠ (٤٢ ص ١٤٠) •
(٣٦) Jan Gand ٢٦ نوفمبر ١٨٩٠ بازيكريزي بلج ١٨٩١ — ٢ —

المحرر العرفي ما لم يكن ثابتاً بوجه رسمي . فقد نص في المادة ٣٤٩/
١٦٩٠/٤٣٦ على أن حوالة الحق لا تنقل ملكية الحق المحال به بالنسبة
لغير المتعاقدين الا من وقت قبول المدين اياها بورقة ثابتة التاريخ أو من
يوم اعلانه بها اعلاناً رسمياً . فاذا أوقع زيد حجزاً على ما لمدينه بكر
لدى محمد ، وحول بكر حقه قبل محمد الى أحمد برضاء محمد ، فان أحمد
لا يجوز له التمسك بالحوالة ضد زيد الا اذا كان رضاء محمد بها ثابت
التاريخ بوجه رسمي قبل توقيع الحجز . أما اذا لم يثبت تاريخ ذلك
الرضاء بوجه رسمي ، أو أثبت ولكنه كان ثانياً لتاريخ الحجز ، فانه لا
ينفذ في حق الدائن الحاجز (٣٧) .

ومن المعلوم أن توقيع أي حجز من هذه الحجوز الثلاثة لا يكسب
الدائن الحاجز امتيازاً يتقدم به على الدائنين الآخرين في استيفاء دينه
من ثمن المال الذي أوقع الحجز عليه ، بل يدع الباب مفتوحاً أمام كل
واحد من الدائنين الآخرين ، كي يتدخل اذا شاء في اجراءات التنفيذ في
أية لحظة قبل تسليم ثمن المحجوز عليه الى الدائن الذي أوقع الحجز
(أو قبل وضع قائمة التوزيع) ، ويستفيد مثله من حبس المال المحجوز
عليه ، ويعتبر مثله من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ ، فلا
يحتج عليه بتاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه بشأن المسال
المحجوز عليه (٣٨) .

فاذا كان أحد هؤلاء الدائنين يدعى لنفسه حق التقدم على غيره في
استيفاء دينه من المال المحجوز عليه ، فان المحررات العرفية التي يستند
اليها في ثبوت حق التقدم له لا تكون نافذة في حق الدائنين الآخرين
المتدخلين في اجراءات التنفيذ الا اذا كانت ذات تاريخ ثابت بوجه رسمي
في الوقت المناسب .

(٣٧) انظر دى هلتس actes نبذة ٨٠ .
(٣٨) انظر استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٥٠ ص ٣٥٢) .

وقد طبق القانون ذلك في باب رهن المنقول حيث نص في المادة ٦٧٣/٥٤٩ على أن هذا الرهن لا ينفذ في حق الغير إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي . فإذا أوقع الحجز على المال المرهون ، جاز لكل واحد من الدائنين العاديين المتدخلين في إجراءات التنفيذ أن يعتبر نفسه من الغير ، فلا يحتج عليه بتاريخ الرهن ما لم يكن ثابتا بوجه رسمي (٣٩) .

كذلك إذا كان أحد الدائنين يتمسك بحق اختصاص تقرر له على المال المحجوز عليه بناء على حكم غيابي قبله المحكوم عليه فامتنع سقوطه بمضى ستة أشهر ، فإن هذا الدائن لا يستطيع أن يحتج ، على الدائنين الحاجزين ، بتاريخ المحرر العرفي المثبت لقبول المحكوم عليه هذا الحكم إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمي ، لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا التاريخ (٤٠) .

وينطبق ذلك أيضا إذا زاحم الدائنين المشتركين في إجراءات التنفيذ شخص يتمسك بأنه — بصفته كفيلا للمدين في دين مضمون برهن — قد أدى عنه هذا الدين وحل محل الدائن المرتين في التأمينات . فإن عقد الكفالة الذي يستند اليه في الحل لا يمكن أن يفيد إلا إذا كان سابقا على وفائه الدين ، فلا يحتج بتاريخه على الدائنين الآخرين إلا إذا كان ثابتا بوجه رسمي (٤١) .

نصت المادة ٤٦٠ مدني أهلي على أنه يجوز لأرباب الديون

(٣٩) بودري ج ١٥ نبذة ٢٣٦١ ، أوبري ورو ج ١٢ ص ٢٢٩ ، بلاتول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، كولان وكابيتلن ج ٢ نبذة ٤٥٤ ، نشأت نبذة ٢٠٩ .

(٤٠) استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٣٤ (٤٦ ص ١٩٨) ، ٢٥ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٩٩) (الحلابة ١٧ — ١٩٣٦ — ٤٧٣) ، نشأت نبذة ٢١٠ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥٠ والمراجع الأخرى السابقة .
(٤١) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٥٣ ، بودري ج ١٥ نبذة ٢٣٦١ ، جوسران ج ٢ نبذة ٨٩٠ ، نشأت نبذة ٢١١ .

الشخصية التي على أحد الشركاء أن يعارضوا في اجراء القسمة عيننا وفي بيع المال بغير دخولهم في ذلك . وخولت المادة ٥٥٧ مختلط مثل هذا الحق أيضا لدائتي الشركة ذاتها ، واعتبرت المادة ٥٥٨ مختلط « المعارضة الحاصلة منهم أو من أرباب الديون التي على أحد المتقاسمين الآخرين . . بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير » . وبناء على ذلك يعتبر من الغير بالمنعنى المقصود في المادة ٢٢٨ الدائن الذي أعلن معارضته في القسمة أى أنه لا يجوز الاحتجاج عليه بتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه بالتصرف في نصيبه في الشركة (٤٢) .

أما اذا رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه بناء على المادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ ، فيرى أكثر الشراح أن الدائن اذ يستعمل الدعوى غير المباشرة يعتبر نائباً عن مدينه ، فلا يمكن اعتباره من الغير في عرف المادة ٢٢٨ ، بل يحتج عليه بتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه بالتصرف في المال المشاع (٤٣) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي الى القول بأن القانون يمنح الدائن الذي يكتفى بإعلان معارضته في القسمة حماية أكثر من التي يمنحها للدائن الذي يرغم دعوى القسمة بنفسه ، في حين أن الواجب يقضى بالآ تقل حماية هذا عن حماية ذاك . وعندى أن عيب هذا الرأي راجع الى الخطأ في تكييف مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة بوجه عام .

إذا استعمل الدائن حقوق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة ضد مدين مدينه ، فمن المسلم به أنه يعتبر نائباً عن مدينه ، ويجوز الاحتجاج عليه بكافة الدفع التي يحتج بها على مدينه . وبناء

(٤٢) انظر ديولوب ج ٢٩ نبذة ٥٤٩ ، لوران ج ١٩ نبذة ٢٢٧ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦ . ه ، نوزيه هرمان على المادة ١٣٢٨ نبذة ٤٧ ، نشأت ص ٢٢٦ نبذة ٢٠٦ .
(٤٣) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٥٨ ، لوران ج ١٩ نبذة ٢٢٦ ، نشأت ص ١٢٦ نبذة ٢٠٦ .

على ذلك يرى الفقه والقضاء أن المحررات العرفية الصادرة من مدينه بشأن الحق موضوع الدعوى غير المباشرة تكون حجة عليه بكل ما دون بها ، بما في ذلك تاريخها ، أى انه لا يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التاريخ (٤٤) •

وواضح أن القول بهذا الرأي يسمح للمدين الذى رفع دائنته الدعوى باسمه أن يتواطأ مع مدينه ، فيعطيه محررا عرفيا مثبتا لمخالصة أو لإبراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتج بها مدين المدين على الدائن ، ويقوت عليه بذلك المصلحة التى كان يسعى اليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة • ومعنى ذلك أن تخويل المشرع للدائن حق رفع هذه الدعوى ان هو الا محض عبث • ونحن ننزه المشرع عن العبث •

وقد يقال تعزيزا لهذا الرأي ، انه مادام الدائن يعتبر فى هذه الدعوى نائبا عن مدينه ، فيجوز للمدين — وهو الأصل — أن يتصرف فى أى وقت فى حقه ، فيحتج بتصرفه ، مهما كان تاريخه ، على نائبه — أى الدائن رافع الدعوى — ، وينفذ هذا التصرف — مهما كان تاريخه أيضا — فى حق خلفه العام ومن فى حكمه من الدائنين ، ومنهم هذا الدائن نفسه • فمادام تقديم التاريخ أو تأخير له لا يغير فى نفاذ تصرف المدين فى حق دائنته رافع الدعوى غير المباشرة ، فلا يمكن اعتبار هذا الدائن من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من المدين •

غير أن هذا القول لا يفيد الا فى أن يحملنا على أن نتساءل أصحاح أن مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة يتمخض عن كونه نائبا عن

(٤٤) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٥٨ ، لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٦ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥٠ ، أوبرى ورو ج ١٢ نبذة ٧٥٦ ص ٢٣٥ ، ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٤٢ ، بلانول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ، دى هلنس تحت كلمة actes نبذة ٦٨ ، نقض فرنسى ٢٨ يونيه ١٨٧٥ سبرى ١٨٧٥ — ١ — ٣٠٩ دالوز ١٨٧٥ — ١ — ٤٦٩ ، استئناف مخطط ٣ يونيه ١٩٢٦ (٢٨ ص ٤٦٣) •

مدينه ، ودائنا عاديا له ، شأنه في ذلك شأن الدائنين الذين يعتبرون في حكم خلفه العام ؟ وظاهر أنه لو صح هذا لكانت هذه الدعوى عبثا ولأحجم الدائنون عن استعمالها . أما الواقع فهو أن الدائن ، اذ يرفع الدعوى باسم مدينه ، إنما يرفعها لمصلحة نفسه ، حتى يستوفي من حاصلها حقه ، فهو في هذه الدعوى كما يقول ديمولومب أصيل عن نفسه ونائب عن مدينه (٤٥) .

ولأن الدائن يرفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه ، يصبح له حق خاص على موضوعها . وإذا كان الشراح قد اختلفوا فيما يجب لنشوء هذا الحق الخاص للدائن على المال موضوع الدعوى غير المباشرة التي يرفعها ، فاشتراط بعضهم لذلك ضرورة استحصال الدائن الذي يريد رفع الدعوى غير المباشرة على حكم قضائي باحلاله محل مدينه *suzrogation judiciaire* (٤٦) ، وقال الآخرون بعدم ضرورة ذلك (٤٧) ، فانهم اتفقوا على أن استعمال الدعوى غير المباشرة يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال محبوبا عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يتصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أى عمل يضر الدائن (٤٨) ، أو بعبارة أخرى كما يقول لابييه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار (٤٩) .

-
- (٤٥) ديمولومب ج ٢٥ نبذة ١١٣ .
(٤٦) أوبري ورو ج ٤ نبذة ٣١٢ هابش ٤ والمراجع المذكورة فيه .
(٤٧) ديمولومب ج ٢٥ نبذة ١٠٤ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه .
(٤٨) ديمولومب ج ٢٥ نبذة ١٢٠ .
(٤٩) Labbé, Etude sur l'art. 1166, Revue Critique, 1856, No 25
«Du jour où le créancier a commencé à exercer les droits de son débiteur, les effets de la saisie sont produits... ; que le droit ne peut pas être aliéné par le débiteur ; que ce dernier ne peut plus faire aucun acte qui nuise à son créancier ; que s'il transige avec un tiers, ou si une compensation devient possible, le créancier n'en souffrira pas.»

ومادام الأمر كذلك ، فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كمركز الدائن الحاجز حجرا تنفيذيا ، وبالتالي فانه يشبه مركز الخلف الخاص ، من حيث انه يعتبر في حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة ، فيضره مجرد تقديم تاريخ هذه التصرفات • وهو لذلك يجب أن يعتبر — خلافا للرأى السائد — من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى •

وبهذا يتضح خطأ ما ذهب اليه القضاء الفرنسى من عدم حسابان الحاجز تحت يد الغير غيرا بالمعنى المقصود فى المادة ١٣٢٨ ، وفى استناده فى ذلك الى القياس على حجية المحررات العرفية بتاريخها على الدائن رافع الدعوى غير المباشرة ، باعتبار هذه الحجية قضية مسلمة ، بينما هى فى الواقع قضية لا ينبغى التسليم بها مطلقا •

نصت المادة ٢١٦/٢٢٤/٤٤٣ من قانون التجارة على أنه يترتب على الحكم بإشهار إفلاس التاجر رفع يده عن ادارة أمواله ، فإذا كان التاجر قد تعامل مع غيره معاملة مدنية بمحرر عرفى بشأن عين من الأعيان المملوكة له ، ثم تمسك المتصرف اليه بهذا المحرر فى مواجهة دائئى التفليسة باعتبار تاريخه سابقا على الحكم بإشهار الافلاس ، أفىكون هذا التاريخ حجة على دائئى التفليسة ، يجب عليهم اذا أرادوا الطعن فيه أن يثبتوا عدم صحته ، أم يعتبرون من الغير بالنسبة اليه ويكفيهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته بوجه رسمى حتى لا ينفذ ذلك المتصرف فى حقهم ؟

يرى غريق من الشراح أن دائئى التفليسة يحلون محل التاجر المفلس فى ادارة أمواله ومباشرة حقوقه ، وبناء على ذلك يعتبرون نائبين

عنه ، وتكون محرراته العرفية حجة عليهم بتاريخها الى أن يتمكنوا من اثبات عدم صحة هذا التاريخ (٥٠) . ولكن الفريق الآخر من الشراح يرى أن الحكم بأشهار الافلاس لا يترتب عليه رفع يد المدين عن ادارة أمواله فحسب ، بل يترتب عليه أيضا نشوء حق للدائنين على أموال المفلس كالحق الذي يقرره القانون للدائن الحاجز على المال المحجوز عليه ، وبناء على ذلك يعتبر دائنو المفلس كما يعتبر الدائن الحاجز من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينهم (٥١) . ومما يؤيد القول بترتب هذا الحق لسدائنى المفلس ما ورد في المادة ٢٢٧/٢٣٥/٤٦٦ تجارى من أنه اذا حصل من المدين ، بعد الوقت الذى اعتبرته المحكمة وقت وقوفه عن دفع الديون أو فى ظرف الأيام العشرة التى قبله ، عقد تبرع ينقل ملكية منقول أو عقار : أو اذا وفى ديناً لم يحل أجله بنقود أو بحوالة أو ببيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بنغير ذلك ، يكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغياً ، ولا يعتد به بالنسبة لروكية المدينين ... فلو أن المشرع قصد ألا يرتب على الحكم بأشهار الافلاس سوى مجرد رفع يد المدين عن ادارة أمواله لما كانت به حاجة الى النص على ابطال بعض التصرفات السابقة على هذا الحكم . أما نصه على ابطال هذه التصرفات فيستفاد منه أنه رتب للدائنين حقاً خاصاً على أموال المفلس وأنه ما أبطل هذه التصرفات الا لأن شيها شبهة المساس بذلك الحق (٥٢) .

من المعلوم أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية يطعن فى تصرف صدر من مدينه وترتب عليه خروج بعض أموال المدين من ذمته المالية ،

(٥٠) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٤٣ ، أوبرى ورو ج ١٢ نبذة ٧٥٦ ص ٢٣٦ ، لارومبيير ج ٦ ص ١٤٤ المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٦ ، ليون كان وريينو فى شرح القانون التجارى ج ٧ نبذة ٤٧٧ .
(٥١) لوران ج ١٩ نبذة ٣٣٠ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ مقرة ج ،
تالير فى شرح القانون التجارى الطبعة الثانية نبذة ١٦٧٩ .
(٥٢) قلرن نشأت نبذة ٢٠٨ .

ويطلب اعتبار هذا التصرف غير نافذ في حقه حتى تحسب هذه الأموال باقية بالنسبة اليه في ذمة مدينه ويستطيع التنفيذ عليها ، ومن المعلوم أيضا أنه يشترط في هذه الدعوى : (١) أن يكون المدين معسرا ، (٢) وأن يكون التصرف المطعون فيه تاليا لحق الدائن ، (٣) وأن يكون هذا التصرف حصل من المدين (في المعاولات) بطريق الغش ، أى بقصد الاضرار بالدائن • فإذا كان تصرف المدين بمحرر عرفي وأراد أن يسد الطريق على الدائن ، حداه ذلك الى تقديم تاريخ المحرر وجعله سابقا على حق الدائن • أفىكون هذا التاريخ حجة على الدائن حتى يثبت الدليل على عدم صحته ، وحتى يستطيع تعيين حقيقة التاريخ التالى لثبوت حقه هو ، أم يعتبر الدائن من الغير ويستفيد من القرينة التى أنشأتها المادة ٢٢٨ ، فيكتفى منه بالتمسك بعدم ثبوت تاريخ ذلك التصرف بوجه رسمى ، حتى يفرض فى التاريخ العرفى أنه تال لحق الدائن ؟

يقول الشراح بهذا الرأى الأخير ، وحجتهم فى ذلك أن المدين الذى يتصرف بقصد الاضرار بدائنه ، يرتكب غشا ضد هذا الدائن ، يتمدذ معه اعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ هذا التصرف ، فلا يصح أن يحتج معه اعتباره ممثلا له ، وأن الدائن الطاعن فى تصرف مدينه انما يخاصم مدينه ، ويطلب اعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ هذا التصرف ، فلا يصح أن يحتج عليه بتاريخ المحرر المثبت لهذا التصرف (٥٣) •

ولكى أميل الى مخالفة هذا الرأى للأسباب الآتية :

١ — ان حالة الدائن رافع الدعوى البولصية تختلف عن الحالة التى من أجلها أنشأ المشرع القرينة المنصوص عنها فى المادة ٢٢٨ • فقد رأينا أن هذه القرينة أنشئت لحماية الأشخاص الذين يتوقف اعتبارهم

(٥٣) أنظر ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٥٠ ، هيك ج ٧ نبذة ٢١٩ ، سوري ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ د ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٢٦٦ ، لوران ج ١٦ نبذة ٤٦١ ، دى باج ج ٣ نبذة ٢٢٧ ، دى هلتس نبذة ٦٨ ، نشات نبذة ٢٠١ ، السنهورى فى الموجز نبذة ٦٣٨ ، الحكور عرفة ص ١٦٧ .

خلفا أو غيرا بالنسبة للتصرف الصادر من شخص معين على ثبوت تاريخ هذا التصرف • أما الدائن رافع الدعوى البولصية ، فهو قبل رفع الدعوى ، وبناء على حق الضمان العام ، يعتبر في حكم خلف المدين • وإذا فرضنا جدلا أن رفع الدعوى يكسبه أى حق خاص ، فمادام التصرف المطعون فيه هو بالضرورة سابق على رفع الدعوى ، فإن هذا الحق الخاص لا يغير من اعتبار الدائن في حكم الخلف بالنسبة لذلك التصرف • واذن لا يكون لتقديم تاريخ التصرف أو تأخيره أى أثر في تكيف مركز الدائن رافع الدعوى البولصية من حيث انه في حكم الخلف •

٢ — ان القول بأن الدائن في هذه الحالة يخاصم مدينه وبيتهم بالغش ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ في حقه لا ينعين أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ ، وذلك لأنه اذا كان يكفي لاعتبار الدائن من الغير في الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك في عرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن اذا اتهم المدين بالغش ، فما ذلك الا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لتنفيذ التصرف المطعون فيه ، وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير مادام لم يحصل على هذا الحكم • فهو عند رفع الدعوى لا يزال يعتبر في حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفي المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه الى أن يثبت عدم صحته •

٣ — ان من شروط الدعوى البولصية أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد سبب اعسار المدين أو زاد في اعساره • ومعنى ذلك أنه يجب على الدائن أن يقيم الدليل على اعسار المدين وأن يعين الوقت الذي بدأ فيه هذا الاعسار وأن يثبت أن التصرف المطعون فيه معاصر لبدء الاعسار أو لاحق له • وبالتالي فإنه يقع عليه عبء اثبات حقيقة تاريخ العقد العرفي ، ولا يكتفى منه بعدم ثبوت هذا التاريخ بوجه رسمى •

٤ — ان ادعاء الدائن بتقديم تاريخ التصرف المطعون فيه ، ليس هو كل الغش الذى يشكو منه الدائن حتى يجوز له أن يتمسك فيه بالمادة

٢٢٨ ، وانما هو أحد عناصر الغش فقط ، بل هو عنصر اضافي ، اذ يمكن أن يكون تصرف المدين حاصلًا بقصد الغش ، دون أن يقدم تاريخه . ومن المسلم به أن الدائن يجب عليه اثبات الغش ، فيلزمه أن يثبت جميع الوقائع التي يستفاد منها الغش ، ويجوز له ذلك بكافة الطرق . ولا محل لاستثناء واقعة تقديم التاريخ من هذه القاعدة التي تلقى عليه عبء الاثبات .

وقد يعترض على هذا الرأي بأن الدائن يستطيع ، بدلا من الالتجاء الى الدعوى البولصية حيث تكلفه باثبات عدم صحة تاريخ المحرر المثبت للتصرف الذي أضر به ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المال المتصرف فيه باعتبار أنه لا يزال مملوكا لمدينه ، فيترتب له بالحجز حق خاص على المال المحجوز عليه يجعله في حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المثبت للتصرف اذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المذهب في تفسير القانون مشجعا للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذي يفتح لهم سوء النية .

ولكن يرد على ذلك ، (أولا) بأن كل دائن يجوز له رفع الدعوى البولصية ليس حتما أن يملك توقيع الحجز ، لأن الأصل في توقيع الحجز أنه لا بد فيه من سند تنفيذي ، وهذا الشرط ليس مطلوبا في رفع الدعوى البولصية ، و (ثانيا) بأنه اذا كان الدائن حاصلًا على سند تنفيذي وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزا حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفي حجة عليه ، فان المتصرف اليه بهذا المحرر يجوز له أن يثبت علم الدائن بهذا التصرف قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومتى ثبت سوء نية الدائن ، فانه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحمي سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ حماية الأشخاص الذين يتخذون القانون ستارا

• لارتكاب الغش (٥٤) •

ویمناسب الغش فی هذا الشأن ، أرى أن أشیر الى الخلاف القائم بین الشراح فيما إذا كان الدائن رافع الدعوى البولصية يشترط غيه أن يكون السند المثبت لحقه ثابت التاريخ بوجه رسمى أو لا يشترط غيه ذلك ، وبعبارة أخرى فيما إذا كان يجوز للمتصرف اليه أن يتمسك ضد الدائن رافع الدعوى البولصية بالمادة ٢٢٨ أو لا يجوز له ذلك . والرأى الراجح أنه لا يشترط أن يكون تاريخ حق الدائن ثابتا بوجه رسمى ، وأنه يجوز للدائن أن يثبت بكافة الطرق أسبقية حقه على التصرف المطعون غيه (٥٥) •

وتعليل ذلك أن المتصرف اليه — والأصل غيه أنه يجوز له أن يتمسك بالمادة ٢٢٨ باعتباره خلفا خاصا — لا يسمح له بالاستفادة من الحماية التى قررتها هذه المادة ، مادام التصرف الذى نقل اليه الحق من المدين والذى جطه بذلك خلفا خاصا للمدين مطعون غيه بالغش ، ومادام الدائن مستعدا لاقامة الدليل على هذا الغش ، اذ أن الحق الذى يستند اليه الشخص فى تمسكه بالمادة ٢٢٨ يجب أن يكون منزها عن الغش (٥٦) •

(٥٤) انظر أوبرى ورو ج ١٢ ص ٢٤٥ هابش ١٢٧ ، ونقض فرنسى (عرائض) ٢١ يوليه ١٨٨٥ سبرى ١٨٨٧ — ١ — ١٧٥ ، (مضى) ١١ يناير ١٨٨٢ سبرى ١٨٨٢ — ١ — ١٢٩ ، نشأت نبذة ١٢٥ ، مصر الاهلية ٢٩ مايو ١٩٢٧ المحللة ٩ — ٩٩٦ — ٥٣٩ ، وقد ورد فى هذا الحكم الأخير (ص ١٠٠٥) أن مبدأ التاريخ الثابت قد وضع لحماية الغير حسن النية أى الذى لا يعلم بسبق حصول التصرف ، بحيث لا يجوز لمن كان يعلم من قبل بالتصرف أن يتمسك بهذا المبدأ •

(٥٥) انظر ديولوب ج ٢٥ نبذة ٢٢٤ ، بودرى ج ١٢ نبذة ٦٩١ ، أوبرى ورو ج ٤ نبذة ٣١٢ هابش ١٥ ص ٢٢١ ، دى هلتس فى الدعوى البولصية نبذة ٥٠ ، والتون ج ٢ ص ١١٤ ، نشأت نبذة ٢٠١ والاحكام والمراجع المشار اليها فيها • وعكس ذلك هيك ج ٨ نبذة ٢٥١ ، و ج ٧ نبذة ٢١٩ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٢٦٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ٦٩٦ ، لوران ج ١٦ نبذة ٤٣٧ ، دى باج ج ٣ نبذة ٢٢٧ ، المسنورى فى العقد ص ٧٨٥ هابش •

(٥٦) أوبرى ورو ج ٤ نبذة ٣١٣ هابش ١٥ ص ٢٢٢ حيث يقولان : =

وخلاصة القول في الدعوى البولصية أنه لا الدائن يعتبر من الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي المثبت للتصرف المطعون فيه ، ولا المتصرف اليه يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ سند الدائن ، وأنه يجب على كل منهما أن يقيم الدليل على عدم صحة تاريخ المحرر المثبت لحق خصمه اذا كانت له مصلحة في ذلك (٥٧) .

«Cet article, dont l'unique objet est de garantir, contre toute possibilite de fraude tentée à l'aide d'anti-dates, les tiers dont les titres ne sont d'ailleurs pas impugnés, est évidemment étranger à l'hypothèse dont il est ici question».

وانظر ايضا جوسران ج ٢ نبذة ١٩٠ فقرة أولى ، ونقض غرنسى مرائض ٣٠ مارس ١٩٢٥ سري ١٩٢٧ — ١ — ١٢٣ .
(٥٧) انظر في تاييدنا في هذا الرأي السنهورى في الوسيط ج ٢ ص ٢١٠ وما بعدها حيث يقول : « وننتقل الان الى الدعوى البولصية ، وفيها ايضا لا يعتبر الدائن من الغير ، فهو وان لم يكن يعمل في هذه الدعوى ككاتب عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصى ، الا انه لا يزال دائنا علنيا لم ينتقل بعد الى مرحلة التنفيذ ... ونرى من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية ليس « غيرا » ، ولذلك يحتج عليه بالتاريخ العرفي لتصرف مدينه ، الى أن يثبت عدم صحته ... وهذا الرأي يخالف اجماعا يكاد يتعقد عليه الفقه الفرنسى (ديبلوب ٢٩ فقرة ٥٥٠ ، لوران ١٦ فقرة ٤٦١ ، هيك ٧ فقرة ٢١٩ ، بودرى لاكلتيزى وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٢٦٠ ، كولان وكابيتان ولامور أندير ٢ ص ٧٤٩ ، بلاتيل وريبير وراوان ٧ فقرة ٩٥٧ ، بيدان وبير ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ ، دى باج ٢ فقرة ٢٢٧) واجماعا مماثلا يكاد يتعقد عليه الفقه المصرى (دى هلتس فقرة ٦٨ ، عبد السلام ذهنى في الأدلة ١ ص ٢٢٣ و ص ٢٢٥ ، أحمد نشأت ١ فقرة ٢٢١ ، محمد على عرفة في مقالة حجة المحررات العرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧ ، الصدة فقرة ١٢٥ ، الموجز فقرة ٦٢٨ ، وقد كنا في الموجز نساير هذا الاجماع) .

ثم يضيف الاستاذ السنهورى قوله : « ونحن هنا — في مخالفتنا لهذا الاجماع — نوافق الاستاذ سليمان مرقس فيما ذهب اليه من أن الدائن لا يعتبر غيرا في الدعوى البولصية (انظر مقاله المعروف في مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٧٩ — ص ٢٨٣ وكتابه في اصول الاثبات ص ١٠٤ هابى رقم ٢) ، واليه يرجع الفضل ، هنا ايضا (اشارة الى ما قرره قبل ذلك في شأن عدم اعتبار الوارث من الغير في ثبوت تاريخ تصرف مورثه المطعون بصدره في مرض الموت) في تخزى المسألة وتجليتها ، لا ضد اجماع الفقه المصرى فحسب ، بل ايضا ضد اجماع الفقه الفرنسى .

يتضح مما تقدم أن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير في عرف المادة ٢٢٨ هم الخلف الخاص ، والدائنون الذين أوقعوا حجزا على مال معين من أموال مدينهم (سواء كان الحجز على منقول أو على عقار أو على حق للمدين لدى الغير) ، أو اتخذوا أى إجراء ، كالمعارضة فى القسمة أو رفع الدعوى غير المباشرة أو المعارضة فى رفع الحجز الذى أوقعه الحاجز الأول ، مما ينشئ لمصلحة الدائن حقا خاصا يتعلق بمال معين من أموال المدين .

ويلاحظ أنه اذا تعدد الأشخاص الذين يعتبرون من الغير بهذا المعنى ، اعتبر كل منهم غيرا بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة للآخرين ، وجاز له أن يتمسك ضدّهم بالمادة ٢٢٨ (٥٨) .

١١ — استنباط تعريف الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨/٢٩٣

: ١٣٢٨

اكتفى أكثر الشراح ببيان الأشخاص الذين يعتبرون من الغير فى هذا المعنى ، دون أن يضعوا له تعريفا شاملا . والقليلون منهم عرفوه بأنه كل شخص لم يكن طرفا فى المحرر العرفى ، وكان حاصلا ، بمقتضى عمل قانونى صادر له من أحد موقعى المحرر أو بمقتضى نص فى القانون ، على حق خاص *droit propre* يؤثر غيبه التصرف الدون فى المحرر العرفى ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق (٥٩) .

ويلاحظ على هذا التعريف ابهامه ، وتجهيله للحق الخاص *droit propre* الذى يجب أن يكون الغير حاصلا عليه ، أياكون المقصود به حقا عينيا ، أم يكفى فى ذلك أى حق شخصى ؟ واذا كان مجرد الحق

(٥٨) نقض فرنسى ١٩ يوليه ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ ص ٥٤٦ .

(٥٩) أنظر بلانيول وريبير ج ٧ ص ٨١٩ نبذة ١٤٨٤ ، وقرن دى باج

ج ٣ نبذة ٧١٤ د .

الشخصى الذى يجعل صاحبه دائئا لا يكفى ، أفىكون كلفيا مثلا أن يقرر القانون لصاحب هذا الحق دعوى خاصة كدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن ، أو تصرفات المريض فى حق وارثه ؟

لقد حاول بعض الشراح أن يجلوا هذا الغموض ، فقال بعضهم انه يشترط أن يكون ذلك الحق حقا كسبه الشخص باسمه خاصة en son propre nom ، وقصدوا بذلك أن يستبعدوا الدائن الذى يستعمل الدعوى غير المباشرة (٦٠) . وقال آخرون فى بيان هذا الحق الخاص انه اما أن يكون حقا عينيا أو شخصيا كسبه ذلك الشخص من مدينه (أو من سلفه) قبل أن يصبح تاريخ المحرر العرفى المتنازع فيه ثابتا بوجه رسمى ، واما أن يكون حقا تلقاه من القانون ذاته ، لا من مدينه (أو سلفه) (٦١) .

ولكن هذه المحاولات لم تنجح فى جلاء ما غمض ، اذ لازلنا بعدها نتساءل عما اذا كان أى حق شخصى يثبت لدائن قبل ثبوت تاريخ محرر عرفى صادر من مدينه يكفى لاعتبار هذا الدائن من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، وكذلك مازلنا نتساءل عن طبيعة هذا الحق الذى يشترط أن يكون الشخص قد تلقاه من القانون مباشرة ، أهو حق عينى ، أم يكفى أن يكون حق دائنية ، أم يشترط أن يكون حقا من نوع خاص .

(٦٠) بلاتويل وريير ج ٧ ص ٨١٩ نبذة ١٤٨٤ .

(٦١)

«L'on accorde généralement le bénéfice de l'art. 1328 aux créanciers qui font valoir un droit propre, c.a.d. soit un droit réel ou personnel qu'ils ont acquis du débiteur avant que la date des actes litigieux fut devenue certaine, soit un droit qu'ils tiennent de la loi même et non de leur débiteur.»

انظر تعليقات فوزيه هرمان الجديدة على المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٩ ونبذة ٣٩ ونبذة ٩٤ ، وانظر أيضا دى هلتس ج ١ ص ٦٧ وما بعدها ، واستئناف مصر ١٦ أبريل ١٩٣٦ المحللة ١٧ — ٢١٠ — ٩٥ .

وعلى ضوء ما تقدمت من بحث ، أستطيع أن أقول ان هذا الحق الخاص الذى يشترط توافره فيمن يعتبر غيرا بالنسبة لثبوت التاريخ لابد أن يكون حقا متعلقا بمال معين هو ذات المال موضوع التصرف المدون في المحرر المطلوب معرفة مدى حجتيه بتاريخه (٦٢) . فلا يكفي فيه أى حق شخصي ، ولا حق الضمان العام ، ولا حق الخلف العام ، مادام هو لم يتركز في ذلك المال بالذات . ويجب فوق ذلك أن يكون هذا الحق نقيا خالصا ، أى غير مبنى على غش . ولا يهم بعد ذلك أن يكون ناشئا من عمل قانوني صادر من أحد موقعي المحرر أو من نص في القانون ، مادام في كلتا الحالتين يجب أن يكون حقا مركزا في مال معين ، كحق المشتري في العين المباعة وحق الدائن الحاجز على المال المحجوز عليه .

وبناء على ذلك يمكن أن نزيد التعريف الذى جرى به الفقه أيضاها بأن نقول ان الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ يشمل كل شخص لم يكن طرفا في المحرر العرفي ولا ممثلا فيه ، وكان حاصلا بمقتضى عمل قانوني صادر لمصلحته من أحد موقعي المحرر أو بمقتضى نص في القانون ، على حق خالص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المحرر ، بحيث يؤثر في حقه هذا ، التصرف المدون في المحرر العرفي ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق .

١١ — مقارنة بين الغير في الصورية والغير في ثبوت التاريخ :

رأينا أن الغير في الصورية يشمل الخلف الخاص بالنسبة للمحركات التالية لحقهم ، والدائنين العاديين اذا اختصموا مدينهم في حقيقة موضوع المحرر المطعون فيه بالصورية . أما الغير في ثبوت التاريخ ، فيقتصر على الخلف الخاص وبعض الدائنين العاديين الذين ترتبت لهم حقوق خاصة على مال معين من أموال المدين ، فالدائن الذى يرفع دعوى

الصورية باسم مدينه لا يعتبر غيرا بالنسبة للعقد المطعون فيه بالصورية ، في حين أنه اذا استعمل دعوى مدينه في المطالبة بحق هذا المدين لدى مدينه يعتبر غيرا بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من مدينه الى مدين مدينه •

فاذا قارنا مركز كل من هذين الفريقين من حيث عبء الاثبات ، وجدنا أن الغير في الصورية يقع عليه كما يقع على المتعاقدين نفسهما عبء اثبات الصورية ، وأنه لا يمتاز عن المتعاقدين الا في أنه يجوز له اثبات الصورية بكافة الطرق ، في حين أن المتعاقدين يتعين عليهما اثبات الصورية بالدليل الكتابي ما لم يكن الغرض من الصورية الغش والاحتيال على القانون فيجوز لهما الاثبات بكافة الطرق • أما الغير في ثبوت التاريخ فيختلف عن لا يعتبر غيرا في أن التاريخ العرفي يكون حجة على هذا الفريق الأخير • وليس معنى هذه الحجة أنه لا يجوز اثبات عكسها ، بل معناها أن هذا التاريخ يعتبر حقيقيا الى أن يتمكنوا من اثبات عدم صحته ، في حين أنه لا تكون له أية حجة على فريق الغير ويجوز لهم أن يعتبروا حقيقته أنه تال لحقهم فلا يضارون به ، وهم ليسوا مكلفين لاثبات عدم صحته •

فالغير في الصورية يجب أن يثبت عدم صحة العقد الظاهر بما في ذلك تاريخه ، أما الغير في ثبوت التاريخ فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت التاريخ ولا يقع عليه أى عبء من الاثبات •

وإذا كان الفرق من الناحية العملية بسيطا بين عبء الاثبات الذي يقع على المتعاقدين والخلف والغير في اثبات الصورية والعبء الذي يقع فيما يتعلق بثبوت التاريخ على المتعاقدين والخلف دون الغير ، اذ يجب على هؤلاء الأشخاص أن يثبتوا ، غالبا بكافة الطرق وأحيانا بالدليل الكتابي وحده ، عدم صحة ما دون في المحرر العرفي وحقيقته ما جرى بين المتعاملين به ، فإن الفرق عظيم بين مركز كل واحد من هؤلاء ومركز الغير في ثبوت التاريخ لأن هذا الغير يستند الى قرينة قانونية تجعل

تاريخ المحرر العرفي كأنه غير موجود بالنسبة اليه دون حاجة الى اثبات عدم صحة هذا التاريخ .

- ٢ -

تطبيق هذه المبادئ

على تاريخ المحررات العرفية المطعون فيها بصورها في مرض الموت

١٢ - ليعتبر وارث المريض مرض الموت من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ؟ : أشرت الى اختلاف المحاكم عندنا في هذا الشأن ، وذكرت أن غريقا منها يعتبر الوارث في هذه الحالة من الغير ، وأن غريقا آخر يعتبره خلفا ويجعل تاريخ المحررات العرفية حجة عليه ، وأن محكمة النقض اعتبرت الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه الصادرة منه في مرض الموت ، ولكنها جعلت عليه أن يثبت أن تاريخ المحرر العرفي ، السابق على مرض الموت ، هو في الحقيقة لاحق لبده هذا المرض (٦٣) .

ولكن بعد ما قدمت من بحث ، أصبح واضحا أن تكيف مركز الوارث لا يخرج عن واحد من اثنين : فاما أن يعتبر من الخلف ، فيكون المحرر حجة عليه بتاريخه بمعنى أن الوارث يتقيد بالتاريخ الذي يحملها المحرر ، ولكن يجوز له أن يقيم الدليل ، طبقا للقواعد العامة ، على عدم صحة هذا التاريخ وعلى التاريخ الحقيقي الذي حصل فيه العمل القانوني المدون في المحرر . فعليه أن يثبت أن هذا العمل قد تم في مرض الموت ، وأن تاريخه قدم عن حقيقته تهريا من أحكام القانون المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت . وبما أنه في هذه الحالة يزيد

اثبات واقعة تعتبر غشا أو احتيالا على القانون ، فيجوز له الاثبات بكافة الطرق .

واما أن يعتبر غيرا بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي ، فيكفيه أن يتمسك بالقرينة التي نصت عليها المادة ٢٢٨ ، حتى يعتبر كل محرر عرفي صادر من مورثه دون تاريخ ثابت أنه صدر من المورث بعد بدء المرض ، ويرتفع عن الوارث كل عبء في الاثبات ، وغوق ذلك يتمتع على الشخص الذي يتمسك بالمحرر العرفي أن يقيم الدليل على صحة التاريخ الذي يحمله هذا المحرر ، مادام هذا التاريخ غير ثابت بوجه رسمي طبقا للمادة ٢٢٩ .

لذلك رأيت أن أعرض لكثنا النظريتين . وأن أحلل الأحكام والآراء التي أخذت بكل منهما ، ثم أختم البحث باستخلاص الرأي الصحيح من أحكام محكمة النقض .

١٤ — النظرية الأولى : بدأت أحكام المحاكم أولا بالأخذ بهذه النظرية ، فقررت محكمة مصر الأهلية بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٢٢ أن التاريخ العرفي الذي أقره المورث حجة على ورثته لأنهم يمثلونه ، وطبقت ذلك على عقد كان قد صدر من المورث بتاريخ عرفي سابق على مرض موته ، وأصبح له تاريخ ثابت بعد ذلك ، وطعن الورثة فيه بعدم حجية تاريخه العرفي بالنسبة لهم ، فرغضت المحكمة هذا الطعن واعتبرت التاريخ العرفي حجة عليهم (٦٤) .

وقضت بمثل ذلك أيضا محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٢٢ اذ اعتبرت التاريخ العرفي للعقد الصادر من المورث حجة على الوارث باعتبار الوارث متلقيا حقه عن المورث (٦٥) .

وبتاريخ ١٠ أبريل ١٩٢٨ طبقت محكمة الاستئناف ذلك على اقرار
بدين صادر من زوج الى زوجته في ورقة عرغية مؤرخة قبل مرض الموت
وثابتة التاريخ في فترة المرض ، وقد تمسك باقي الورثة بالتاريخ الثابت
كى يطبقوا على هذا الاقرار أحكام تصرفات المريض ، مستبعدين بذلك
التاريخ غير الثابت . فقضت المحكمة بأن التاريخ العرفي حجة على موقع
الورقة ، ومن ثم يعتبر حجة على ورثته ، فلا يجوز لهم التمسك بالمادة
٢٢٨ ، وانما كل ما لهم هو أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ أو أن
يطعنوا فيه بالتزوير ، وقالت : « وحيث انه من المبادئ المقررة قانونا أن
الوارث يخلف المورث في كل ما له وما عليه بالنسبة للحق الموروث ، وأن
العقد العرفي المأخوذ على المورث يصبح حجة على الوارث ، وأن للوارث
ما كان لمورثه ، وعليه ما عليه . فلولوارث الطعن في التاريخ باعتبار أنه
وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، وله الطعن بالتزوير . . . الخ ،
وحيث أن شيئا من شتى طرق الطعن في التاريخ لم يحصل ، فوجب الأخذ
بالتاريخ العرفي . . . » (٦٦) .

وفي ١٤ يناير ١٩٣٤ قضت محكمة الاستئناف أيضا باعتبار التاريخ
العرفي للمحرر الصادر لأحد الورثة حجة على بقية الورثة الذين كانوا

= الحكم بقولها : « ان الشراح الفرنسيين اختلفوا : فرأى يقول بما أخذ به
الحكم ، ورأى آخر يرى أن التاريخ ليس حجة على الورثة فيما بينهم لان حضم
في الطعن في تصرف مورثهم حق شخصي لهم ، ويقول انه اذا كان للمتعاقد
نفسه حق الطعن بصورة تاريخ العقد بكافة طرق الاثبات ، فلا أقل من أن
يعترف للورثة بهذا الحق فيما بينهم » (!!) وقد أشار الى هذا التعليق الاستاذ
كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت ص ٢٩٨ ، ومعالى الهلالي باشا
والاستاذ حامد زكى في عقود البيع والحالة والمقايضة ، الطبعة الثانية
ص ٢٠٤ هامش ١ . والظاهر أن صاحب هذا التعليق كان يدور في خله
أن المقصود بحجية التاريخ العرفي على الورثة حجية مطلقة ، لا تقبل نقضا
بالدليل العكسي ، ولذلك انتقد هذه الحجة ، واستعان على استعمالها
بالاستشهاد بقواعد الصورية . ولكنا قد بينا أن الامر بخلاف ذلك ، وأن الغير
في ثبوت التاريخ يختلف عن الغير في الصورية .

يطعنون في هذا التصرف بصدوره في مرض الموت ، وألقت على هؤلاء الورثة عبء اثبات عدم صحة ذلك التاريخ (٦٧) .

وليس هذه النظرية في حاجة الى التدليل على صحتها بأكثر من ارتكازها على أصل مسلم به ، هو أن الوارث خلف عام للمورث ، فيكفيها الاستناد الى هذا الأصل الثابت ، ومناقشة حجج النظرية الأخرى القائلة بالخروج على هذا الأصل بالنسبة لحجية تاريخ المحررات المطعون فيها بصدورها في مرض الموت .

أما ما يخشى أن تؤدي الى من الناحية العملية من مساعدة المورث على الاحتيال على القانون ، فيخفف منه أن للمورث الحق في اثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق . وإذا كان هذا الحق لا يكفل كشف الحقيقة

(٦٧) المحللة ١٥ — ٢ — ٥٥٠ — ٢٦٠ وقد ورد في حيثيات هذا الحكم قوله :

« وحيث انه مما لا جدال فيه قانونا ان الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة لجميع التصرفات الصادرة من المورث اضرارا بحقوقه المكتسبة بحكم القانون ، فلا يصح والحالة هذه ان يحتج عليه بالتاريخ العرفي الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث اضرارا بحقوقه (١) . »

« وحيث انه وان كان للمورث المصادر لمصلحته التصرف ان ينهك في وجه باقى الورثة بالتاريخ العرفي الذى وضعه المورث ، الا انه لهؤلاء الورثة الحق في ان يثبتوا بكافة الطرق القانونية — ومنها قرائن الاحوال — ان هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة ، وانه وضع بقصد الإيهام بصدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات (١) . » . وقد لفت نظرنا في هذا الحكم التناقض البادى بين هاتين الحجتين ، مما جعل بعض الشراح يستشهدون بهذا الحكم عند عرض النظرية العكسية (انظر كامل مرسى بك ص ٢٩٧ هامش ١ والدكتور عرفة ص ١٦٥ هامش ١) . والظاهر ان المحكمة اعتقدت خطأ ان القول بحجية التاريخ يقصد به الحجة المطلقة التى لا تقبل نقضا بالدليل العكسي ولذلك قالت في حيثيتها الاولى انه لا يصح الاحتجاج بالتاريخ العرفي على الوارث ، كما اعتقدت ان عدم حجية التاريخ معناه جواز اثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق . ولذلك جعلت في حيثيتها الثانية على الوارث عبء اثبات عدم صحة التاريخ . وظاهر أن فهم الموضوع على هذا الوجه يخالف لحكم المادة ٢٢٨ . وربما كان هذا الذى وقع في روع المحكمة اثرًا من آثار حكم الدوائر المتجمعة الصادر بتاريخ ٥ ابريل ١٩٢٨ والوارد ذكره فيما بعد .

في جميع الأحوال ، فإن الضرر الذي ينشأ من ذلك أخف كثيرا من ذلك الذي يترتب على الأخذ بالنظرية الثانية ، التي تؤدي الى أن الشخص اذا أصيب بمرض أدى الى وفاته ، يصبح جميع من تعاملوا معه طوال حياته بأوراق عرقية غير ثابتة التاريخ عاجزين عن الاحتجاج بهذه الأوراق على وراثته ، حتى لو كانوا مستعدين أن يقيموا هم الدليل على صحة تواريخ هذه الأوراق .

١٥ — النظرية الثانية : أخذت بالرأى الثانى محكمة مصر الأهلية في حكم مطول لها بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٢٧ (برئاسة الأستاذ عبد السلام ذهني) قررت فيه أن الوارث الذي يعطيه القانون حق الطعن في تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقا شرعيا يجعله ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير ، فلا يحتج عليه الا بالأوراق ثابتة التاريخ . واستدلت المحكمة على ذلك بقولها ان الوارث الذي يطعن في تصرفات مورثه بمرض الموت ، انما يوجه هذا الطعن ضد مورثه بالذات في وجه بقية الورثة ، فلا يمكن اعتباره خلفا وخصما لمورثه في وقت واحد . واستشهدت على صحة ما ذهب اليه بالفقه والقضاء الفرنسيين (٦٨) .

وفي سنة ١٩٢٨ أثرت أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية مسألة اختصاص المحاكم الشرعية أو المحاكم الأهلية بالفصل في الطعن في صحة الوقف بسبب حصوله في مرض الموت ، وهي مسألة لم تكن تمت الى موضوع ثبوت التاريخ بأية صلة ، ففصلت الدوائر المجتمعة فيها باختصاص المحاكم الأهلية ، وقد ورد في حيثيات هذا الحكم : « ان المريض مرض الموت اذا ما وقف ماله ولم يكن له وارث ، يكون وقفه بعيدا عن كل مطعن من ناحية مرضه . أما اذا كان له وارث فإن الطعن محتمل غير محقق ، وقد ينعدم بالاجازة من الوارث ، كما أن الواقف

إذا أبل من مرضه لما جاز له الرجوع عن وقفه • ولا شك أن في هذه الظاهرة لأفصح بيان على أن الوقف في ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره • ولين لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشرع ثم القانون حكما لتنفيذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث لا بصفته وارثا يمثل مورثه في كل حقوقه وعموده ، بل بصفته أجنبيا riers تعلقت له في ذمة الواقف حقوق ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذى سن القانون لحمايته دعوى ابطال التصرفات من وقف أو بيع أو غير ذلك ••• « (٦٩) •

ولم يكن لنا أن نذكر هذا الحكم ، ليمده عن موضوعنا ، ولكن اضطرنا الى ذكره ما كان له من أثر واضح في الأحكام التالية المتعلقة بهذا الموضوع • فقد استندت اليه عدة أحكام ، أخص بالذكر منها حكم محكمة الاستئناف الصادر في ٢٧ مايو ١٩٢٩ حيث قرر : « أن التاريخ العرفي للورقتين المطعون فيهما وهو ••• لا عبرة به مطلقا بعد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة ••• بتاريخ ٥ أبريل ١٩٢٨ الذى قطع بأن الوارث الذى يطعن ضد سائر المورثة بمرض الموت يعتبر أجنبيا تعلقت له في ذمة المورث حقوق ••• « (٧٠) •

ومن الثابت أن حكم الدوائر المجتمعة لم يعرض مطلقا لتعريف الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، بل اقتصر على وصف الوارث بأنه « أجنبى » في معرض الكلام عن نفاذ الوقف • فما كان يصح أن يستند اليه حكم ٢٧ مايو ١٩٢٩ ولا الأحكام الأخرى التى حذت حذوه ، لترتب على ذلك أن التاريخ العرفي للمحرر المطعون بصدوره في مرض الموت لا يكون حجة

(٦٩) استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٥ أبريل ١٩٢٨ المحللة ٨ —

٧٥٥ — ٤٦٠ •

(٧٠) استئناف مصر ٢٧ مايو ١٩٢٩ المحللة ٩ — ٩٧٦ — ٥٢٧ ، انظر ايضا الاسكندرية الاهلية ١٦ نوفمبر ١٩٢٩ المحللة ١٠ — ٥٦٨ — ٢٨٣ ، الجيزة الجزئية ٢٣ مايو ١٩٢٩ المحللة ٢٠ — ٦٨٦ — ٢٣٩ •

على الوارث ، فان في ذلك خلطا لا مبرر له بين الغير بالنسبة لأثر العقد ،
والغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

ومع ذلك فقد اطردت الأحكام على القول بأن الوارث ملء يدافع
عن حق له يتلقاه مباشرة من القانون ، كما في حالة مرض الموت ، يعتبر
من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ، فلا
يحتج عليه بهذا التاريخ الا اذا كان ثابتا بوجه رسمى (٧١) .

وقد أجمع شراح القانون المصرى على تأييد هذا الرأى (٧٢) .

١٦ - مناقشة حجج هذه النظرية : لا تخرج حجج الشراح
والمحاكم في الأخذ بهذا الرأى عن الحجج الثلاثة التى لخصناها عن حكم
محكمة مصر الصادر بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٢٧ .

الحجة الأولى : أن الوارث الذى يطن في تصرفات مورثه
بحصولها في مرض الموت انما يوجه هذا الطعن ضد مورثه بالذات في
وجه بقية الورثة ، فلا يمكن اعتباره خلفا وخصما لمورثه في وقت واحد .

وقد رأينا أن محكمة النقض المصرية استندت الى هذه الحجة في
اعتبار الوارث من الغير بالنسبة للطعن بالصورية في المحررات الصادرة
من مورثه (٧٣) . ولكن الغير بالنسبة للصورية ليس حتما أن يكون غيرا

(٧١) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٣٠ المحللة ١٠ - ٦٨٢ - ٢٤٠ ،
١٤ يونيو ١٩٣٦ المحللة ١٧ - ٤١٥ - ١٩٨ .
(٧٢) كابل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت ص ٢٩٧ نبذة ٢٣ ،
السنهورى في الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، بهجت بدوى في أصول الالتزامات ،
١٩٤٣ ص ٢٩٦ نبذة ٢٠٠ ، شفيق شحاتة في الالتزامات (بالفرنسية) ص
١٠٩ ، محمد على عرفة في حجية المحررات العرفية ، القانون والاقتصاد
السنة العاشرة ص ١٦٤ ، وقلرن نشلت في الإثبات نبذة ١٩٩ ، نجيب
الهلالى بلاشا والكتور خالد زكى في عقود البيع والحالة والمقايضة ص
٢٠٤ هامش ١ .
(٧٣) وان كنت قد خالفتها في ذلك ، انظر ص ٥٥٣ هامش ١٠ .

أيضا بالنسبة لثبوت التاريخ ، بل لابد في ذلك من توافر شروط خاصة .

الحجة الثانية : يحاول أنصار هذه النظرية أن يثبتوا أن هذه الشروط الخاصة تتوافر في الوارث الذي يطمع في تصرفات مورثه حصولها في مرض الموت ، فيقولون ان القانون يعطى الوارث حق الطعن في هذه التصرفات ، فهو يثبت له بذلك حقا ذاتيا يجعله ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

ولكن هذه الحجة تتوقف على تعيين ماهية الحق الذى يخوله المشرع الى الوارث ، والصفة التى يخوله بها اياه . ولابد لنا في ذلك من الرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية لأنها هي المرجع في أحكام مرض الموت .

فما هو حق الوارث على أموال مورثه في أثناء مرضه طبقا للشريعة الاسلامية ؟

من المعلوم أن الشريعة الاسلامية وضعت قواعد للموارث ، بينت فيها شروط استحقاق الارث ، وأنصبة الورثة ، وجعلت موت المورث وتوافر شروط الارث فيمن خلفهم من أقاربه سببا لخلافة ورثته على أمواله ، واعتبرت هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز للمورث مخالفتها لا بإثثار بعض الورثة على البعض الآخر ، ولا بحرمان ورثته كلهم أو بعضهم من ماله لمصلحة أجنبي الا في حدود معينة .

ومن المعلوم أيضا أن تصرفات الشخص الصحيح نافذة كلها حال حياته ، الا أن تكون مضافة الى ما بعد موته ، كالوصية ، فإنها في هذه الحالة تصطدم مع حقوق الورثة ، وكان يجب حينئذ ألا تنفذ في حقهم ، ولكن المشرع سمح للمورث أن يوصى لغير وارث بثلث تركته ، وجعل الوصية في هذه الحدود نافذة في حق الورثة ، وفي غير هذه الحدود لا تكون نافذة الا أن يجيزوها ، فاكفى بأن حفظ للورثة الثلثين ازاء الأجنبي ، وحفظ لهم الكل ازاء بعضهم البعض .

أما تصرفات الشخص في مرض موته ، غيـمـز الفقهاء منها ما هو انشائي وما هو اخباري . فالتصرفات الانشائية ان كانت معاوضات محضة وليس فيها محاباة في العوض ولا أى تبرع كالبيع بثلث المثل ، فهي نافذة في حق الورثة سواء كانت صادرة لغير وارث أو لوارث ، مع خلاف في هذه الحالة الأخيرة بين الامام أبى حنيفة وصاحبيه . وان كانت تبرعات ، فتلحقها شبهة أن المريض ما قام بها الا لشعوره بدنو أجله ، وتعتبر كأنها مضافة الى ما بعد الموت ، ويكون حكمها حكم الوصية وان صدرت منجزة . أما تصرفاته الاخبارية ، فان كانت صادرة لأجنبي فتنفذ في كل ماله لأنها مجرد اخبار عن ملك سابق للمقر له ، وان كانت صادرة لوارث فلا تنفذ في حق باقى الورثة الا أن يجيزوها ، وذلك دفعا لشبهة ايثار بعض الورثة على البعض الآخر (٧٤) .

وقد علل الفقهاء هذه الأحكام بأن الأصل أن حق الوارث يثبت بموت المورث ، ولكن مادام المرض تسبب في الموت ، فيستند حكم الموت الى أول السبب وهو المرض . ويعتبر حق الوارث متعلقا بأموال المورث من وقت بدء مرض الموت (٧٥) .

وتساعل الفقهاء عن طبيعة هذا الحق الذى يثبت للمورث من وقت مرض المورث ، فقال المتقدمون منهم انه هو بعينه حق الملكية الذى يثبت للورثة بموت المورث ، وقال المتأخرون انه ليس حق ملكية ، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط ، ولا يصير حق ملكية الا بالموت بالفعل . فهو أمر اعتبارى فرض لكى يستقيم منطق الأحكام وتتسق المبادئ الفقهية (٧٦) وهو رأى الراجح .

(٧٤) أنظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ص ٢٥٥ ، وله ايضا كتاب الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ص ١٧٣ ، وكتاب الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٦٢ .

(٧٥) أنظر كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت نبذة ٢٨ .
(٧٦) أنظر في عرض هذين الرايين ومناقشة استيدهما كتاب الملكية =

وينوا على ذلك أن حق الورثة في هذه الحالة كحق الدائنين يتعلق
بمالية التركة ، أى بقيمتها التى يقومها بها المقومون ، لا بأعيانها ، سواء
أكان ذلك بالنسبة للأجنبي أم بالنسبة للوارث المتصرف اليه (مع خلاف
أيضا في هذه الحالة الأخيرة بين الامام أبى حنيفة وصاحبيه) (٧٧) •

ويستفاد من ذلك أن جملة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق
بتصرفات المريض مرض الموت لا هى تخول الوارث فى أثناء مرض مورثه
حقا عينيا على أموال المورث ، ولا تعطيه حقا شخصيا قبل المورث اذ
أنها لا تلزم المورث بشئ نحو وارثه ، وإنما هى قد تقررت ضمانا لحماية
حق الوارث المزمع ثبوته له بموت المورث • ففى أشبه ما تكون بالقواعد
التي تنظم الضمان العام المقرر للدائنين على مجموع أموال مدينهم
المعسر ، بل ان أغلب الفقهاء يذكرون تعلق حق الوارث بأموال مورثه فى
مرض موته ، كما يذكرون تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال •

ومادام هذا هو كنه حق الوارث على أموال مورثه فى أثناء مرضه ،
فيكون شأنه شأن حق الدائنين الذين ليس لهم الا الضمان العام ، أى
انه لا يكفى لاعتبار الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ (٧٨) •

وغرق ذلك ، غانا اذا نظرنا الى الغرض من تقرير هذه القواعد ،
وما شرعته من ضمان ، تحقق لنا أن هذا الضمان ما تقرر للوارث الا

= ونظرية المعقد فى الشريعة الإسلامية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة سنة
١٩٣٩ ص ٣٠٩ نبذة ١٩٣ • ونحن اذا قربنا أحكام الشريعة الإسلامية من
أوضاع القانون الحديث ، ألا يمكن ان نكيف هذه الأحكام بان المشرع انشأ
قريئة قانونية خاطعة على ان كل تبرع يصدر من المريض فى مرض موته ، ولو
منجز ، يعتبر مضاعفا الى ما بعد موته ، بدلا من القول باستناد حق الوارث
الى وقت بدء المرض ، فنقول ان المشرع قد أرجأ اثر هذه التبرعات الى وقت
الموت ، أى الى الوقت الذى تصطدم فيه مع حقوق الورثة التى تثبت لهم
بالموت ، بدل القول بأنه حمل لحق الورثة اثرا رجحيا من وقت المرض ليكون
سابقا على التصرفات الحاصلة فى المرض ؟

(٧٧) أنظر كامل مرسى نبذة ٥٩ ، وأبا زهرة نبذة ١٩٤ •

(٧٨) راجع ما سبق ص ٥٥٤ •

بصفته وارثا ، والا لحماية حقه في الارث ، فكيف يمكن مع ذلك القول بأن هذا الضمان حق ذاتي يجعل الوارث ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ؟ ان غاية ما يمكن أن يقال ان قواعد هذا الضمان تجعل الوارث من الغير بالنسبة لتنفيذ الوصية وما يلحق بها من تصرفات في حقه ، ولكن من المسلم به أن الغير بالنسبة لأثر التصرفات يختلف عن الغير بالنسبة لثبوت التاريخ . وكل ما يمكن ترتيبه على هذا الضمان المقرر لحق الارث ، هو أنه اذا خالف المورث قوانين المواريث أو احتال عليها بأن قدم تاريخ التصرف الصادر منه في مرض الموت ، جاز للوارث أن يثبت المخالفة أو الاحتيال على القانون بكافة الطرق ، كما يجوز لناقص الأهلية أو وارثه أن يطمئن في صحة تاريخ المحرر العرفي الصادر منه ، وأن يثبت بكافة الطرق حصول تقديم التاريخ أو تأخيرها بقصد الاحتيال على قواعد الأهلية (٧٩) .

الحجة الثالثة : يستشهد أنصار النظرية الثانية بما جرت عليه الشراح وأحكام المحاكم في فرنسا .

وهذا الاستشهاد لا محل له لسببين : الأول أن النظام الفرنسي يختلف عن نظامنا المصري فيما يتعلق بقواعد الوصية وما يلحق بها من تصرفات ، والثاني أنه حتى مع هذا الاختلاف ، فليس صحيحا أن المحاكم والشراح الفرنسيين الذين تصدوا لبحث الموضوع في أساسه يعتبرون الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

أما النظام في ذاته ، فيلخص في أن القانون جعل لبعض الورثة كالفرع والأصول نصيبا مضمونا من مال مورثهم *réserve* ، وأنه اعتبر ماعدا هذا النصيب هو القدر الجائر للمورث النصف فيه بالايهاب والايصاء *quotité disponible* . فإذا تصرف المورث في أكثر من

هذا القدر ، ولم يراع الإبقاء على الأنصبة المضمونة للورثة ، جاز لهؤلاء الورثة *héritiers réservataires* أن يطلبوا تكملة نصيبهم المضمون بتخفيض الوصايا أولا بنسبة كل منها الى جملة ما ينقص من الأنصبة المضمونة لأن جميع الوصايا واجبة النفاذ في وقت واحد فتنسأوى في نسبة تخفيضها . فإذا كان ابطال كل الوصايا لا يفي بالمعز في الأنصبة المضمونة ، فلهم أن يبطلوا من هبات المورث ما يفي ، على أن يتناولوا ابطال الأحدث فالأقدم من هذه الهبات بحسب تواريخ صدورهم لأن هذه التواريخ هي في الوقت ذاته تواريخ نفاذها . فإذا كانت بعض الهبات بعقود رسمية ، والبعض الآخر مستورة في صورة عقد آخر مدون في محرر عرفي ذي تاريخ غير ثابت ولكنه سابق على تاريخ العقود الرسمية ، أفيجوز للوارث أن يتمسك بالمادة ١٣٣٨ المقابلة للمادة ٢٢٨ ليعطل الهبة الأقدم تاريخا قبل الأحدث لجرد أن تاريخها غير ثابت بوجه رسمي ؟

لقد التبس الأمر على بعض الشراح ، فذكروا الوارث ذا النصيب المضمون في ضمن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير في عرف المادة ١٣٣٨ (٨٠) .

ولكن بالتأمل يرى أن الوارث في هذه الحالة لا يصيبه ضرر من تقديم تواريخ الهبات أو تأخيرها ، فلا مصلحة شخصية له في التمسك بالمادة ١٣٣٨ حتى يمكن النظر في جواز تمسكه بها أو عدمه ، لأنه اذا فرض وقوع تقديم في تاريخ أحدث الهبات حتى تصبح أقدم من غيرها ، فإن هذا لن يضر الوارث ، بل يمكن أن يضر الموهوب له في الهبة الأخرى ، إذ يتعين على الوارث أن يبدأ بإبطالها ، فإن كانت ثمت مصالح متعارضة يمكن أن يكون الفصل بينها على أساس ثبوت التاريخ ، فلا يتصور أن

(٨٠) انظر ديولوب ج ١٩ نبذة ٢٠٨ ، ج ٢٩ نبذة ٥٢٤ ، لارومبيير
المادة ١٣٢٨ نبذة ٢١ ، بلائيول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، بودري ج ١٥ نبذة
٢٣٥٤ .

يكون ذلك بين الوارث والموهور له ، بل بين بعض الموهور لهم والبعض الآخر (٨١) .

يتضح مما تقدم أنه لا شبه في ذلك بين النظام الفرنسى ونظام القانون المصرى ، وأنه حتى في القانون الفرنسى ليس صحيحاً أن الوارث ذا النصيب المضمون يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية المصادرة من مورثه ، فلا محل عندنا للاستشهاد بأراء الشراح والمحكم الفرنسية في هذا الشأن .

وأذن فليست هذه الحجة بأكثر صلاحية من الحجتين السابقتين لأن تقوم على أساسها هذه النظرية . ولعل من المفيد بعد ذلك أن نتأمل النتائج العملية التى قد يؤدى إليها الأخذ بهذه النظرية لبيان لنا فسادها وعدم ملاءمتها لمقتضيات العمل .

١٧ - الأثر العملى للنظرية الثانية : ان الأخذ بهذه النظرية يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه (وهذا هو الغالب في الموت) ، ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التى صدرت منه طوال

(٨١) انظر بودرى ج ١٠ نبذة ٩٩٨ ، بلانيول وريبير ج ٥ نبذة ١١٢ ص ١٠٧ ، بلانيول المختصر ج ٢ نبذة ٣١١٠ مكرر ، كولان وكابيتان ج ٣ ص ٧٤١ ، جوسران ج ٣ نبذة ١٧٣٢ ، وانظر على الاخص تطبيق Labbé في مسرى ١٨٨٠ - ٢٠ - ٢٨١ حيث يقول :

«... L'héritier n'est donc pas dans le cas d'invoquer l'art. 1328, en ce sens qu'il doit, jusqu'à preuve contraire, subir come vraie la date que porte l'acte s.s.p. Si l'héritier prétend que, pour intervenir l'ordre légal des imputations sur le disponible, les singnataires ont indiqué une fausse date, l'héritier a le droit de recourir à tous moyens de preuve pour établir la fausseté de la date Il prend sur lui la charge de la preuve : il ne se prévaut pas de l'art. 1328 ; il agit comme une partie et non comme un tiers... La date des libéralités lui est à peu près indifférente—»

حياته الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى • ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرقية أن يسجل تاريخها في الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة • وبتعبير آخر ان القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المحررات العرقية وفي جميع الأحوال ، فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافا لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية • ولا يخفى ما ينطوى عليه هذا التعميم من إرهاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات •

نعم ان بعض الكتاب الحديثين أصبحوا يميلون الى اعتبار تسجيل التاريخ قاعدة عامة يقصد بها نوع من شهر المحررات العرقية يوغر لها ثقة لا تكون لها بغير ذلك ، كما شرع تسجيل التصرفات الخاصة بالحقوق العينية العقارية شهرا لهذه التصرفات (٨٢) ، ولكن هذا التعميم ، فضلا عن امكان التشكك في ملائحته ، لا يتفق مع قصد المشرع ، كما يظهر من الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى ومن تقاليد هذا القانون •

١٨ - الرجوع الى النظرية الاولى : شعرت محكمة الاستئناف

بأنه لا بد من التراجع أمام هذه النتيجة العملية ، وبدأ تراجعها في حكم بتاريخ ٢٣ فبراير ١٩٣٦ ، وان لم ترتفع فيه الى حد الوصول الى التكييف القانونى الصحيح ، حيث قالت ان :

« الأصل أن الوارث يعتبر خلفا لمورثه ، وعلى ذلك تكون المحررات العرقية الصادرة من المورث حجة عليه ، الا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه ، ففي هذه الحالات

(٨٢) بهجت بدوى ، اصول الالتزامات ١٩٤٣ من ٢٩٦ نبذة ٢٠٠ ،
شفيق شحاتة ، موجز الالتزامات (بالفرنسية) ١٩٤٢ من ١١٠ .

لأجل أن يستفيد الوارث — باعتباره من الغير — بالقرينة الواردة في م ٢٢٨ مدني التي تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتاً رسمياً ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأعيان الذين خول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، لا أن يفرض نفسه فرضاً في مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير اثبات ما يدعيه ، فإذا طعن ورثة في سند صادر من مورثهم لزوجته اعتماداً على أن السند تحرر في مرض الموت ، فبهم في هذا الوضع وأن كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم في مرض موته ، الا أنهم في طعنهم هذا يكونون في مركز المدعين ، ومن ثم ، فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن التصرف المطعون فيه وقع فعلاً في مرض الموت » (٨٣) .

وظاهر من هذه الحيثيات أن المحكمة أصابت من الناحية العملية الحل الصحيح ، ولكنها لم توفق في تعليل هذا الحل ، لأنها خلطت بين أثر التصرفات القانونية وبين حجية المحررات العرفية . ذلك أنها بدأت بأن قررت ، بحق ، أن الأصل أن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه ، وأن المحررات العرفية الصادرة من المورث تكون حجة عليه ، ثم لاحظت أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه ، ولكن فاتتها أن هذه الغيرية إنما هي غيرية بالنسبة لأثر التصرفات فقط ، وليس لها شأن مطلقاً بحجية المحررات العرفية بتاريخها ، فأدى ذلك إلى القول بأنه يجوز للوارث في هذه الحالات أن يستفيد — باعتباره من الغير — من القرينة الواردة في المادة ٢٢٨ التي تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً .

فلما وصل منطق المحكمة إلى هذا الحد ، وجدت أنه لا بد أن يؤدي بها إلى القول بأن كل من سبق لهم التعامل مع المورث طوال حياته

لا يستطيعون الاحتجاج بالمحررات العرفية التي حصلوا عليها منه اذا لم يكن تاريخها ثابتا بوجه رسمى ، بل لا يقبل منهم أن يقيموا الدليل على صحة التاريخ العرفى ، فتراجعت أمام هذه النتيجة التى أدى اليها خلط الغيرية فى أثر التصرفات بالغيرية فى ثبوت التاريخ ، والتستت مخرجا لهما من ذلك ، وبدلا من أن تراجع المرحلة الأولى من تفكيرها وتصحيحها ، عالجت خطأ بخطأ آخر ، ولكن العلاج أفاد فى اصابة الحل الصحيح . ومن أجل ذلك قالت المحكمة ان الوارث لا يصح أن يفرض نفسه فرضا فى مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير اثبات ما يدعيه ، بل يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين خول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، وذلك بأن يثبت أن التصرف المطعون فيه لم يحصل فى التاريخ المبين بالمحرر العرفى ، بل حصل فى تاريخ يقع فى اثناء مرض الموت .

ولكن اذا تطلبنا من الوارث أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفى حتى يمكن أن يستفيد من القرينة الواردة فى المادة ٢٢٨ ، فمما هى الفائدة التى يمكن أن يرجوها الوارث من وراء هذه القرينة ؟ أليست هذه القرينة مجرد اعفاء من عبء اثبات عدم مطابقة التاريخ المدون فى المحرر العرفى للتاريخ الذى وقع فيه هذا المحرر فعلا ؟ أو لسنا اذا قيدنا بهذا الشرط الاستفادة من هذه القرينة أفقدناها كل أثر ، وأصبح نص المادة ٢٢٨ لغوا وعبثا ؟

ومع ذلك ، فقد كان من حسن الحظ أن هذا الخطأ الثانى أزال عيب الخطأ الأول ، وساعد المحكمة فى الوصول من الناحية العملية الى الحل الصحيح الذى كان يؤدى اليه التكييف السليم ، ألا وهو اعتبار الوارث خلفا للمورث لا غيرا بالنسبة لثبوت التاريخ ، ومطالبته — ان ادعى عدم صحة التاريخ — بأن يقيم هو الدليل على ذلك . ولعل هذا التوفيق فى الناحية العملية واطمئنان المحكمة اليه هو الذى جعل انها لم تدقق كثيرا فى التكييف القانونى ولم تلتفت الى ما تسرب اليه من عيب .

وقد صححت بمعد ذلك محكمة النقض تكيف مركز الوارث ،
فاعتبرته من الغير بالنسبة لأثر تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ،
دون أن تعتبره من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ المهررات العرفية الصادرة
من مورثه • فقد قررت بتاريخ ٢٣ يناير ١٩٤١ أن الوارث يعتبر في حكم
الغير شيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت اضارارا
بحقه المستمد من القانون ، ولذلك فإن له أن يطعن على هذا التصرف وأن
يثبت مطاعنه بجميع طرق الاثبات وإذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف
ثابتا رسميا ، فإن له — مع تمسك الوارث الذي صدر لمصلحته هذا
التصرف بتاريخه العرفي — أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طرق
الاثبات أيضا (٨٤) •

وقد عادت المحكمة ، فأكدت ذلك في حكم آخر بتاريخ ١٨ ديسمبر
١٩٤١ نقضت به حكما استثنافيا ، كان قد طعن فيه بأنه أخطأ في تطبيق
القانون ، اذ قرر — خلافا لما رأته محكمة أول درجة — أن عقد البيع
المصادر من المورث لا يكون حجة على ورثته في حالة ما اذا ثبت أن المورث
قد مرض قبل وفاته ولو لمدة وجيزة الا اذا كان ثابت التاريخ قبل هذا
المرض عملا بالمادة ٣٢٨ مدني ، وقال الطاعنون انه اذا كان عقد التصرف
المصادر من المورث يحمل تاريخا سابقا على مرض الموت وكان هذا
التاريخ غير ثابت رسميا فإن كل ما للوارث الذي يطعن فيه أن يثبت
حقيقة التاريخ الذي يزعمه بجميع طرق الاثبات • فقالت محكمة النقض
« ان الوارث لا يعتبر في حكم الغير شيما يختص بالتصرف الصادر من
مورثه الا اذا كان هذا التصرف واقعا في مرض الموت اضارارا بحقه
الشعري في الميراث (المادة ٣٥٤ وما بعدها) [وغيرته هنا بالنسبة لأثر
التصرفات] • فإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسميا وكان
سابقا على بدء هذا المرض ، فإن كل ما للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق

(٨٤) نقض ٢٣ يناير ١٩٤١ (الحلماة ٢١ — ٨٧٩ — ٣٧١ ، المجموعة
٤٢ — ٤١٢ — ١٩٣ ، القانون والاقتصاد ١١ — ٢ — ١٩ — ٢٦ •

أن التاريخ غير صحيح وأن إبرام العقْد انما كان في مرض الموت ، وحيث أن الحكم المطعون فيه اذ لم يَقم وزنا للتصرف الصادر لمورث الطاعنين من أبيه لجُرد أن تاريخه عرْف وأن الوالد توفى أثر مرض أصابه دون بحث في صحة هذا التاريخ والتحقق من أن إبرام العقْد حصل غملا في مرض موت المورث ، اذ الحكم غفل هذا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، ولذا يتعين نقضه ٠٠٠ « (٨٥) » .

وهذا الحكم واضح في أن الوارث الذي يطعن في تصرفات مورثه بأنها صدرت منه في مرض الموت لا يعتبر من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ .

وانى أعتقد أنه قد رد الأمر الى نصابه ، وانه يستحق كل التأييد للأسباب التي دفعت بها حجج الرأى المخالف . وقد رأيت - ازاء اجماع الشراح على الرأى الآخر - ضرورة التنبيه الى هذا الحكم ، أملا في أن يكون ذلك داعيا على الأقل الى إعادة النظر في الموضوع ، تمهيدا للرجوع الى المبادئ السليمة (٨٦) .

(٨٥) نقض ١٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاباة ٢٢ - ٦٦١ - ٢٢٧ .
(٨٦) قلنا بذلك في بحثنا هذا في سنة ١٩٤٤ ، ومنذ ذلك الحين أخذ الفقه والقضاء يتحولان من الرأى المخالف الى الرأى الذى نادينا به في هذا البحث .

وكان في مقبلة من ايدونا في هذا الرأى بعد ان قال في كتابه الموجز في الالتزامات (١٩٣٧) بالرأى الآخر ، استاذنا الفقيه الكبير الدكتور عبيد الرزاق السنهوري فقد عنى سيادته بمناسبة تناوله موضوع الاثبات في الجزء الثاني من كتابه الوسيط سنة ١٩٥٦ باعادة بحث الموضوع بعد بحثنا للمعاد نشره فيما تقدم وانتهى الى اعتماد رأينا وصرح بذلك في ص ٢٠٦ حيث قال :
« وقد أخذ الفقه المصرى يتحول عن الرأى الاول الخاطئ الذى يذهب الى اعتبار الوارث من الغير في التصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويرجع الفضل في هذا التحول الى الاستاذ سليمان مرقس فقد اثبت في مقاله القيم « قوة المحررات العرنية في الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى =

= يطعن فيها بصدورها في مرض الموت » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٣٠٤) خطأ الرأي الشائع في الفقه المصري ، ثم خُص من ذلك إلى التنبيه لما لهذا الرأي الخاطيء من أثر على سبيل ... » .

ومن بعد الأستاذ السنهوري أخذ بهذا الرأي أيضا الأستاذ محمّد عبد اللطيف في قانون الإثبات ج ١ سنة ١٩٧٠ نبذة ١٦٢ ص ١٦٢ وما بعدها ، والأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة في كتابه في الإثبات ص ١٤٣ .

وقد عرض الأستاذ حسين المؤمن المحلى ببغداد في الجزء الثالث من نظرية الإثبات الذي تناول فيه المحررات أو الأدلة الكتابية ، بغداد سنة ١٩٧٥ ، عرض سيادته هذا الخلاف وتتبع الرأي القديم وأقوال من اعتنقوه قبل نشر بحثنا سالف الذكر في سنة ١٩٤٣ ونال أن بحثنا المذكور كان أول تنبيه إلى خطأ الرأي السابق ، وأنه منذ ذلك الحين بدأ تحول الشراح نحو الرأي الكجسديد الذي قلنا به وأشار في ذلك إلى مؤلفات الأساتذة السنهوري وأحمد نشأت وعبد المنعم الصدة وأدوار عيد ، ثم أشار إلى تحول القضاء المصري أيضا تدريجيا إلى هذا الرأي وإلى أن محكمة التمييز العراقية مازالت تأخذ بالرأي الأول (حسين المؤمن ج ٣ ص ٣٤٩ وما بعدها) .

ونعترف في تحول محكمة النقض المصرية إلى هذا الرأي أحكامها المشار إليها في مؤلفنا « أصول الإثبات وإجراءاته » الجزء الأول في الأدلة المطلقة سنة ١٩٨١ ص ٢٢٨ ، ويضاف إليها نقض مدني ٧ يونيو ١٩٨٣ في الطعن رقم ١٤ سنة ٥٠ ق ، ١٥ مايو ١٩٨٤ في الطعن رقم ١٩٢٥ سنة ٤٩ ق . وقبل أن يظهر هذا التحول في الفقه والقضاء ، كانت لجنة تنقيح القانون المدني متأثرة بالرأي السابق ، قد وضعت على أساسه النص الذي أصبح المادة ٩١٦ فقرة ثانية مدني . وقد انتقد الأستاذ السنهوري نفسه هذا النص ورأى وجوب تسميه بما يتفق والمبادئ الصحيحة التي تقسم بيانها (السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ٢١١ ، وفي الوجيز ص ٦٠٢ هامش) . وقد أخذت محكمة النقض بهذا التفسير في حكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ — ١٧٤ — ١٤٦ .

ومن أسف أن محكمة النقض بعد أن اطردت أحكامها على الرأي الصحيح الذي تقدم عرضه ، يبدو أنها تأثرت من جديد في أحد أحكامها الذي صدر بتاريخ ٦ ديسمبر ١٩٧٧ في الطعن رقم ٨١٦ سنة ٤٣ ق (مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ١٧٤٢ — ٢٩٩) بالصياغة الخاطئة لنص المادة ٢/٩١٦ مدني المشار إليها آنفا حيث قررت أن إثبات التساير لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلوا منهم إلى اثبات أن صدره كان في مرض الموت . ولما كان الحكم المطعون فيه — وعلى ما سلف البيان — قد خُص في حدود السلطة التقديرية للمحكمة إلى أن تاريخ العقدين غير صحيح وأنهما حررا في تاريخ واحد وفي خلال فترة اشتداد مرض الموت على =

== المورث . وقد انتهى هذا المرض بوفاته ، فلن النعى عليه بهذا السبب يكون في غير محله .

ولكن لحسن الحظ انه يبين من وقائع الدعوى ان تصرفات المورث لم تجعل غير نافذة في حق الورثة لمجرد عدم ثبوت تاريخها بوجه رسمى قبل مرض الموت — كما قد يتبادر الى الذهن من المبدأ الذى قرره المحكمة . وإنما بنى عدم نفاذها في حقهم على ثبوت تحريرها في خلال فترة اشتداد المرض على المورث فبقى المبدأ الذى اطرد عليه قضاء المحكمة من قبل ثابتا ولا ينال منه ما قرره هذا الحكم في صدره .

نظرية تبعة الهلاك

في القانونين الفرنسى والمصرى المقارنين (*)

عبارة تبعة الهلاك تعبر في لغة القانون عن خطر من نوع خاص هو الذى يتعرض له الشخص المدين بالتزام متعلق بشئ عندما يتلف هذا الشئ أو يهلك كلياً أو جزئياً بفعل قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً (١) .

والأصل أن التزام المدين ينقضى باستحالة تنفيذه أو بهلاك محله بحادث فجائى أو بقوة قاهرة هالكا يجعل تنفيذه مستحيلاً ، فيترتب على هلاك محل الالتزام بسبب قوة قاهرة ابراء المدين من التزامة (٢) ، فيتعين حينئذ بيان مركز الدائن ازاء هذه الحالة ومصير حقوقه ازاء مدينه وكذلك مصير التزاماته ازاء انقضاء التزامات مدينه التى برئت ذمته منها بسبب القوة القاهرة ، لتحديد أى من الطرفين ، المدين بالالتزام الذى هلك محله أو الدائن بذلك الالتزام هو الذى سيتحمل في

(*) ترجمة بحث نشر في ظل القانون المدنى الملقى باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ العدد السابع من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ .

وظهر بعده في سنة ١٩٥٠ رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة للدكتور محمد زكى عبد البريمعنوان نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامى الجزء الاول في الفقه الحنفى .

وانظر فيما استجد بعد ذلك في التقنين المدنى الجديد وفي احكام القضاء الحديثة مؤلفنا في عقد البيع ط ٤ سنة ١٩٨٠ نبذة ٢٦٠ وما بعدها ص ٤٦٤ وما يليها ، ومؤلفنا في عقد الايجار ط ٤ سنة ١٩٨٦ ص ٧٦٨ وما بعدها .

(١) دالوز ، تعليقات على التقنين المدنى الفرنسى المادة ١١٢٨ نبذة ١٩ .
(٢) انظر في الاثر المبرىء للقوة القاهرة ، رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ النسخة الفرنسية ص ٢٤٥ وما بعدها .

النهاية تبعة ذلك الهلاك ، أو بعبارة أعم تبعة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب مفاجيء أو قوة قاهرة .

يختلف الجواب عن هذا السؤال بحسب ما اذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم جانبا واحدا ، أو من عقد ملزم الجانبين .

١ — في العقود الملزمة جانبا واحدا :

في العقود الملزمة جانبا واحدا اذا انقضى محل التزام المدين أو أصبح مستحيلا بقوة قاهرة ، ينقضى العقد ويتطل منه كل من طرفيه .
غير أن القوة القاهرة تترك أثرها في ذمة الدائن اذ أنها تحرمه دون مقابل من الأداء الذى كان مستحقا له ، أى أن القوة القاهرة التى تحول دون أداء المدين ما تعهد به ، لا تلحق به أية خسارة ، اذ أنها تقضى الالتزام الذى كان فى ذمته وتبرئه منه ، ويعكس هذا الإبراء خسارة للدائن ، وتكون النتيجة أن هلاك محل الالتزام (أو استحالة وفاء الالتزام) تقع على عاتق الدائن ، فهو الذى يتحمل تبعة الهلاك *res perit creditori* (المواد ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١٣٠٢ مدنى فرنسى) .
وقد أورد التقنينان المدينين المصريين القديمان نصا يعتبر تطبيقا صريحا لذلك فى عقد الرهن الحيازى (المادة ٥٤٤ مدنى أهلى والمادة ٦٦٦ مدنى مختلط) وقد اتبع هذا الحكم ذاته فى عقدى الوديعة وعارية الاستعمال .

غير أن هذا الحكم الذى يبدو بدهيا لا يخلو من قسوة بالنسبة الى الدائن ، اذ لا يوجد أى سبب يبرر القاء تبعة الهلاك عليه وحده — لا على المدين — ودون اشراك المدين معه فى تحملها مادام الهلاك راجعا الى حادث فجائى أو قوة قاهرة وليس أى من الطرفين مسئولا عن حدوثه . ويجوز التساؤل ازاء ذلك عما اذا كانت العدالة لا تتطلب فى هذه الحالة توزيع تبعة الهلاك على الطرفين بدلا من القائها كلها على عاتق أحدهما دون الآخر . وقد أخذ التقنين المدنى البرتغالى بهذا الحل فيما يتعلق بعارية الاستعمال فى الحالة التى تهلك فيها العارية بحادث فجائى لم يكن

ليتحقق لو بقيت العارية في حيازة مالكها المير (المادة ١٥١٧ مدنى برتغالى) ، ولكن هذا الحل أملتة اعتبارات خاصة بعقد عارية الاستعمال ولا يصح تعميمه والأخذ به في سائر العقود .

ومع ذلك فمن المسلم أن المدين الذى ينقضى التزامه بسبب حادث هجائى أو قوة قاهرة لا يسوغ له أن يثرى على حساب دائئه ، فيجب عليه وفقا للمادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى اذا نشأت له حقوق أو دعاوى تعويض بسبب هلاك الشيء الذى كان ملتزما باعطائه للدائن أن يحصل هذه الحقوق أو الدعاوى الى دائئه بهذا الشيء . وقد استلهم واضعو قانون نابوليون هذا الحكم من بوتيه . غير أن النظر الى هذا الحكم في ضوء قاعدة القانون الفرنسى الحديث المتعلقة بالالتزام باعطاء شئ والتي تقضى بأن الالتزام بتسليم شئ يصبح تاما بمجرد اتفاق العاقدين عليه (المادة ١١٣٨ / ١) ، لا يدع له محلا ، لأن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء الذى هلك تنشأ مباشرة في ذمة مالكة ، وهو الدائن ، فلا يبقى إذن للمدين أن ينقل الى هذا الأخير شيئا من الحقوق أو الدعاوى ، ومع ذلك فقد وجد مثل هذا النص في التقنينات التى صدرت بعد صدور تقنين نابوليون ، ومنها نص المادة ١٢٩٩ مدنى ايطالى ، ونص المادة ١٢٠١ / ١١٨٦ مدنى أسباني ، ونص المادة ٢٨١ مدنى ألماني ، ونص المادة ١٢٥٠ / ٢٢٥ مدنى لولاية كيبك ونص المادة ٣٣٧ التزامات مغربى ، ونص المادة ٢٢٥ مدنى صينى . ويرجع ذلك الى أنه مازالت توجد حالات يحتاج فيها الى تطبيق مثل هذا النص ، كما في حالة الالتزام باعطاء شئ المعلق على أجل يتم فيه نقل الملكية (٣) وحالة الالتزام بعمل أو بامتناع (٤) . صحيح ان المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى (ومثلها في ذلك المادة ١٢٩٩ مدنى ايطالى) لا تتحدث الا عن الالتزام باعطاء شئ ، ولكن صحيح أيضا

(٣) انظر أيضا الحالة التى اشار اليها هيك (في ج ٨ نبذة ١٨٦) وهى حالة بائع الشيء المعار او المرهون لدى شخص قبل أن يتحمل نتائج الحادث الجبرى أو القوة القاهرة .
(٤) انظر ديموج ج ٦ نبذة ٦٢١ مكرر ص ٦٧٤ .

أن مواد التقنيات الأخرى التى تقدمت الإشارة إليها تتحدث فى صيغة عامة عن جميع أنواع الالتزامات ، ولذلك نعتقد أن حكمها يجوز الأخذ به بالنسبة الى جميع الالتزامات فى القانون الفرنسى وكذلك فى القانون المصرى .

وبناء على ذلك اذا حدث تعرض لمسأجر بفعل مقلول للأشغال العامة ، فانه يجوز له أن يرجع على المؤجر بتعويض الأضرار الناشئة له من هذا التعرض ، ويكون للمؤجر الرجوع على مقلول الأشغال العامة وعلى المصلحة العامة التى أسندت اليه هذه الأشغال ، فإذا لم يستعمل المؤجر حقه فى هذا الرجوع فلا يلومن الا نفسه (٥) .

ويلاحظ أن نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى الذى وضع للحيلولة دون أن يثرى الدين على حساب الدائن ولتخفيف الخسارة التى تقع على عاتق هذا الأخير ليس الا نصا احتياطيا موضوعا لتطبيقه فقط فى حالة هلاك الشئ أو استحالة تنفيذ محل الالتزام ، أما اذا وجد الشئ بعد فقده ، فيعود للدائن حق المطالبة به ، على أن يرد هو الى الدين ما يكون قد تلقاه منه من حقوق أو دعاوى بديلة . وقد نص على ذلك صراحة تقنين جمهورية فنزويلا (أنظر ر . دى لاجراسيرى R. De la Grasserie, Paris 1897, p. 184.

ومن جهة أخرى فان نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى لا يكفل للدائن حماية كاملة ضد اثرء الدين على حسابيه ، اذ أنه بتقريره الزام الدين أن ينقل الى الدائن الحقوق والدعاوى التى تتعلق بالشئ الذى هلك ، انما يترك الدائن معرضا لزامحة سائر دائئى مدينه ، بحيث يتحقق للمدين اثرء على حساب دائئيه بالشئ الذى هلك بقدر ما يصيبه سائر دائئيه من قسمة الغرماء . ولا يقتصر هذا العيب على نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى ، بل يلحق أيضا نصوص بعض التقنيات الأخرى ، كمنص

المادة ٢٨١ مدنى ألمانى ، ونص المادة ١٢٠١ مدنى لولاية كيبيك ، ونص المادة ٢٢٥ مدنى صينى ، وكان يتعين لتفادى هذا العيب أن ينص على أن الحقوق والدعاوى التى تتعلق بالشئ الذى هلك تنتقل الى الدائن بهذا الشئ مباشرة وبقوة القانون ، أى انها لا تمر بذمة المدين ولا يستفيد منها سائر دائئيه ، وقد نص على ذلك صراحة كل من التقنين المدنى الايطالى فى المادة ١٢٩٩ منه ، والتقنين المدنى الأسبانى فى المادة ١١٨٩ منه والتقنين المغربى للالتزامات والعقود فى المادة ٣٣٧ منه . ويمكن الأخذ بهذا الحكم فى القانون المصرى — رغم عدم النص عليه فيه صراحة — بالتطبيق لأحكام الاثراء على حساب الغير .

(ثانيا) فى العقود الملزمة للجانبين

فى العقود الملزمة للجانبين يثور السؤال عما اذا كان العقد الذى يصبح التزام أحد طرفيه مستحيلا بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى يظل باقيا أم ينفسخ بقوة القانون نتيجة للاستحالة الناشئة بسبب القوة القاهرة وما اذا كان العاقد الذى أصبح التزامه مستحيلا بسبب القوة القاهرة يبقى له أو لا يبقى له حق مطالبة العاقد الآخر بالالتزام المقابل للالتزام الذى كان مستحقا له والذى انقضى بسبب القوة القاهرة . فإذا قيل بالاجاب كان مفاد ذلك أن تبعة هلاك الالتزام الذى صار مستحيلا تقع على عاتق الدائن ، وبالعكس من ذلك اذا قيل بالنفى ، كان مؤدى ذلك وقوع تبعة الهلاك على المدين . وهذا التساؤل يثير مسألتين فى وقت واحد هما مسألة تبعة الهلاك ومسألة الأثر الفاسخ للقوة القاهرة . ونغما يلى سنحاول الكشف عن القاعدة العامة التى تؤدى الى حل هاتين المسألتين معا ، ثم نجرى تطبيق هذه القاعدة على هلاك المبيع فى عقد البيع .

(أولا) القاعدة العامة :

لم تشر المواد ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١٣٠٢ مدنى فرنسى التى نصت على أثر القوة القاهرة فى ابراء ذمة المدين بانقضاء التزامه الى أثرها الفاسخ للعقود ، ولا توجد فى نصوص التقنين المدنى الفرنسى الأخرى قاعدة عامة فى شأن هذا الأثر الأخير ، وإنما توجد بعض نصوص معينة فى حالات خاصة •

فمن هذا القبيل الأخير نجد المادتين ١٧٢٢ و ١٧٤١ مدنى فرنسى فى شأن ايجار العمل والمقاولة والشركة وهما تنصان على انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزامات أحد العاقدين ، وإذا كان يمكن النظر الى هذين النصين على أنهما تطبيقان لقاعدة عامة تقضى بانفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد العاقدين الراجعة الى القوة القاهرة ووضع تبعة الهلاك على عاتق المدين ، فإنه يمكن أيضا النظر اليهما بالعكس من ذلك على أنهما استثناءان من قاعدة عامة تبقى على العقد وعلى التزامات الدائن الناشئة منه وتضع بالتالى تبعة الهلاك على عاتق الدائن •

والتقنينات المصرية — رغم أنها لم تورد مقابلا لنص المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى الخاص بالأثر المبرىء للقوة القاهرة من التزام المدين ، قد حوت نصوصا كاملة تنظم أثر القوة القاهرة الفاسخ للعقود •

فالمادة ٢٤٠/١٧٧ تنص على أن تنقضى الالتزامات بالفسخ اذا صار الوفاء بها بعد نشوئها مستحيلا •

والمادة ٢٤١/١٧٨ تقضى بأنه اذا صار الوفاء بالتزام مستحيلا بخطأ المدين أو اذا حدثت الاستحالة بعد اعذاره للوفاء ، فإنه يلزم بالتضمينات •

والمادة ٢٤٢/١٧٩ تنصيف أنه اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان

الوفاء تتفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لاستحقاقها في نظير ما حصل عليه غيره من المنفعة بغير حق ولا يترتب على الفسخ اخلال بحقوق الدائنين المرتهين حسنى النية . وكذلك أكثر التقنيات الأجنبية غانها تتناول أثر الفوء القاهرة الفاسخ للعقود بنصوص خاصة .

ينص التقنين المبنى الألمانى فى المادة ٣٣٣ منه على ما يلى :

فقرة أولى - اذا صار الأداء الواقع على عاتق أحد طرفى العقد الملزم للجانبين مستحيلا بسبب لا تقع مسئوليته على أى من الطرفين . فان ذلك الطرف يفقد الحق فى الأداء المقابل .

فقرة ٢ - فاذا كان الأداء المقابل الذى أصبح غير مستحق وفقا للفقرة السابقة قد تم تنفيذه ، فان ما تم تنفيذه يمكن استرداده طبقا لأحكام رد الاثراء الحاصل دون سبب .

وينص كل من تقنين الالتزامات السويسرى (فى المادة ١١٩ منه) وتقنين الالتزامات التركى (فى المادة ١١٧ منه) على أن الالتزام ينقضى متى أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب ظروف لا يد للمدين فيها ، وفى العقود الملزمة للجانبين يصبح المدين الذى انقضى التزامه بسبب الاستحالة الطارئة ملزما بأن يرد . وفقا لقواعد الاثراء دون سبب : ما وصله من الطرف الآخر ، ولا يجوز له المطالبة بما كان باقيا له فى ذمة ذلك الطرف » .

وتنص المادة ١٢٠٢ من قانون ولاية كيبيك على أنه اذا أصبح الوفاء بالالتزام بأداء عمل مستحيلا بدون فعل المدين أو خطئه وقبل أن يعمر هذا الأخير ، ينقضى الالتزام وتبرأ ذمة كل من العاقدين ، غير أنه اذا كان الالتزام نفذ فى جزء منه لصالح الدائن ، يبقى هذا الأخير ملزما فى حدود الفائدة التى عادت عليه . ويقرب من ذلك نص المادة ٣٣٨ من

القانون المغربي للالتزامات والعقود حيث ينص على أنه اذا كان عدم وفاء الالتزام راجعا الى سبب لا دخل فيه لارادة أى من المتعاقدين فان التزمه ينقضى ، ولكن لا يكون له حق اقتضاء الأداء الذى التزم به المعاهد لآخر . فاذا كان هذا قد أوفى بالتزامه كان له الحق — حسب الأحوال — فى أن يسترد كل ما أداه أو بعضه .

وأخيرا فان قانون الجمهورية الفضية ينص كذلك على أنه اذا صار الوفاء بالالتزام مستحيلا دون خطأ من المدين ، انقضى الالتزام بالنسبة لطرفيه ، ويتمين على المدين أن يرد الى الدائن ما تسلمه منه وفاء لالتزامه .

ولعدم وجود مثل هذا النص فى القانون الفرنسى ، لجأ القضاء الفرنسى فى اعمال الأثر الفاسخ للقوة القاهرة الى طريق الاستدلال بمفهوم المخالفة من نص المادة ١١٨٤ المتعلق بفسخ العقد بسبب عدم وفاء أحد عاقديه بالتزاماته ، فقرر أن فسخ العقد بسبب الاستحالة الناشئة عن قوة القاهرة يتم بقوة القانون ، ولكنه اشترط فى ذلك صدور حكم من القضاء بفسخ العقد (٦) . غير أن هذا الشرط الأخير محل نظر لأنه شرط خاص بعدم الوفاء الذى يكون راجعا الى فعل المدين المنصوص عليه فى المادة ١١٨٤ ، وهو نص مسلم بأنه هو ذاته مجرد تطبيق للمبدأ العام القاضى بالارتباط المتبادل لالتزامات الطرفين فى العقد الملزم للجانبين الذى بمقتضاه يعتبر وجود التزام كل من الطرفين وتنفيذه سببا فى وجود التزام الطرف الآخر وتنفيذه ، فالحادث المفاجئ الذى يجعل التزام أحد الطرفين مستحيل الوفاء يجعل من تلقاء ذاته الالتزام المقابل له ينقضى لانعدام سببه (٧) ، على أن تكون الالتزامات المتقابلة التزامات

(٦) انظر سانتنيك فى القوة القاهرة والحادث المفاجئ فى عقد النقل بطريق السلك الحديثة رسالة من تولوز ١٩٠٨ ص ٢٠٣ .
(٧) كولان وكليبتان ج ٢ طبعة سابعة نبذة ٩٢ وما بعدها ص ٨٢ وما بعدها ، بلاتيل ج ٢ ص ٤٥٢ نبذة ١٣٥٧ ، جوسران ج ٢ ص ١٧٣ نبذة ٣٦٧ . وتقرن عكس ذلك ديبولوب ٢٤ ص ٤١١ .

أساسية يعتبر كل منها في جانب أحد طرفي العقد سببا للالتزامات التي في ذمة الطرف الآخر ، لأنه إذا كان الالتزام السذى صار مستحيلا التزاما ثانويا ، فإن العقد يظل قائما دون تغيير (٨) . ومن المقرر أن مبدأ انفساخ العقود بسبب استحالة الوفاء بالتزامات أحد الطرفين يعتبر مبدأ ساميا من مبادئ القانون المكتوب ويمكن لذلك اعتباره قائما ضمننا في كل تشريع (٩) .

فالأثر الفاسخ للقوة القاهرة يؤدي الى إعادة الماعدين الى الحالة التي كانوا عليها وقت العقد . ما لم يكن محل العقد التزامات مستمرة أو متجددة تم تنفيذ بعضها من كل جانب ، ففي هذه الحالة يلغى العقد بالنسبة الى المستقبل فقط résiliation . ولكن متى انفسخ العقد لاستحالة تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة منه ، فإن المدين بالالتزام الذي صار مستحيلا لا يجوز له أن يطالب بالالتزام المقابل . وإذا كان قد اقتضاه كله أو بعضه وجب عليه رد ما اقتضاه (١٠) ، لأن ما اقتضاه يعتبر اثره بلا سبب كما يقول نص المادة ١٧٩/٢٤٢ مدنى مصرى ، وكذلك نص المادة ٣٣٣/٣ من التقنين المدنى الألمانى .

وبالرغم من أن نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى يبدو أنه قد وضع ليحكم حالة العقود الملزمة لجانب واحد . فلا مانع يمنع من تطبيقه في حالة العقود الملزمة للجانبين إذا طلب ذلك الدائن بالالتزام الذى صار مستحيلا ، غير أنه إذا طالب هذا الدائن مدينه بأن يحيل اليه الدعاوى والتعويضات التي نشأت له بسبب الالتزام الذى صار وفاؤه مستحيلا ، فإنه يعطل بذلك الأثر الفاسخ للقوة القاهرة ويبقى ملتزما بالتزامه المقابل

(٨) ديوج ج ٦ ص ٦٠٧ نبذة ٦١٥ ، لوران ج ١٦ نبذة ٢٧٠ . وتميز المادة ١٥٩٥ من التقنين المدنى الايطالى صراحة بين عدم الوفاء بالتزام أساسى وبين عدم الوفاء بالتزام ثانوى .
(٩) انظر تعليقا بهذا المعنى في دالوز الدورى ١٨٣٦ - ١ - ٣٤٠ .
(١٠) ديوج ج ٦ نبذة ٦٢١ ص ٦٧٣ .

للاللتزام الذى صار مستحيلا (١١) ، ولكن اذا كانت قيمة تلك الدعاوى أو التعويضات تقل عن قيمة الأداء المقابل ، فيطبق على هذا الأداء حكم القوة القاهرة التى تحول دون وفاء اللتزام جزئيا ولا تصل الى حد تسبب الاستحالة الكلية .

ولم يرد فى التقنينين الفرنسى والمصرى نص على المبدأ الذى يحكم حالة الاستحالة الجزئية أو الهلاك الجزئى ، وان وجدت فيهما بعض نصوص تطبيقية فى حالات معينة كالمادة ٢٩٨/٣٧٢/١٦٣٦ فى باب البيع (١٢) ، والمادة ٣٧٠ غقرة ٣/٤٥٥/١٧٢٢ فى باب الايجار ، وفى باب البيع يخول النص المشتري الخيار بين فسخ العقد أو الابقاء عليه بالثمن المسمى ، وفى باب الايجار يفرق النص بين حالة ما اذا كان الشئ الذى هلك أو تلف أصبح غير صالح للاستعمال كلية ، أو بقى صالحا للاستعمال جزئيا ، ويقضى بانفساخ العقد فى الحالة الأولى ، وبالابقاء عليه فى الحالة الثانية مع تخويل المستأجر حقا فى تخفيض نسبي للأجرة . ومن العسير أن نستنبط من هذه النصوص الخاصة بصالات معينة مبدأ عاما .

وخلافا للتقنينين الفرنسى والمصرى تضمنت بعض التقنينات الأجنبية أحكاما عامة لحالة استحالة الوفاء الجزئية بسبب القوة القاهرة . فبعضها كالقانون الألمانى (المادة ٣٢٣ / ١) وقانون كمييك نص على نقض اللتزام المقابل ، والبعض الآخر كقانون اللتزامات السويسرى (المادة ٢٥٥) ، وقانون الجمهورية الفضية (المادة ٦١٤) ، والقانون المغربى (المادة ٣٣٦) نصت على تخويل الدائن فى هذه الحالة الخيار بين فسخ العقد وبين الابقاء عليه مع تخفيض نسبي للأداء المقابل .

(١١) هذه الرخصة مقررة للدائن صراحة بنص المادة ٢/٢٢٢ مبنى الماتى ولكنها لا تعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة ويجوز الالتجاء اليها سواء فى القانون الفرنسى أو فى القانون المصرى رغم أنها لا ينصان عليها .
(١٢) انظر ايضا المادة ١٨٢/٤ مبنى فرنسى .

ويبدو أن الأستاذ والتون كان يحذ حكم قانون ولاية كيبيك (١٣) ،
غير أن هذا الحل قد يكون ضارا بالدائن إذا كان الوفاء الجزئي لايناسبه ،
والحل الآخر الذى يعطى الخيار للدائن يضر بالمدين لأنه يحمله غوق
تبعه الهلاك الذى يقع بقوة قاهرة أسوأ الخيارين المتروكين للدائن ،
فيكون الأقرب الى العدالة الأخذ بالحل الذى نص عليه في باب الإيجار ،
وهو الإبقاء على العقد مع تخفيض نسبي للاداء المقابل للاداء الذى
استحال وفاء جزء منه ، ما لم يثبت أن الوفاء الجزئي لا فائدة منه
للمدين ، ففي هذه الحالة يصبح الفسخ متعينا (١٤) .

الخلاصة - انه يتعين القول بأن القوة القاهرة تعفى المدين في
العقود الملزمة للجانبين من التزامه الذى صار مستحيلا . ولكنها تلقى
عليه في النهاية تبعه الهلاك ، لأنها بفسخها العقد تبرئ الدائن أيضا
من التزاماته ، فتقع تبعه الهلاك على المدين *res perit debitori* (١٥) ،
فهو وحده الذى يتحمل خسارة الهلاك ، وذلك بعكس القاعدة التى رأينا
شدتها بالنسبة للدائن في العقود الملزمة لجانب واحد (١٦) ، فهذه
الشدّة تنقلب في هذه الحالة على المدين .

(ثانيا) تطبيق القاعدة على عقود البيع والتصرف :

ولو أن القانون الفرنسى والقانون المصرى قد اعتقنا كلاهما
كقاعدة عامة المبدأ الذى يجعل تبعه الهلاك على عاتق المدين ، فانهما
يبدوان في الظاهر على الأقل أنهما اختلفا فيما يتعلق بتبعه الهلاك في
عقود البيع والتصرف .

(١٣) والنون في الالتزامات ج ٢ ص ١٧٨ وفي هذا المعنى ديموج ج ٦
ص ١٣٦ نبذة ١٢٥ .
(١٤) في هذا المعنى بلاتيل ج ٢ ص ٤٤٨ نبذة ١٣٢١ .
(١٥) جوسران ج ٢ نبذة ٣٦٦ وما بعدها ص ١٧٢ وما بعدها ، كلبيتان
الطبعة السابعة ج ٢ نبذة ٩٣ .
(١٦) أنظر ما تقدم في ص ٦٠٤ .

فالمادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يبدو أنها انصرفت عن هذه القاعدة وأخذت بحكم مغاير فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شىء معين ، مؤداه أن القوة القاهرة لا تفسخ العقد ، فهى تبرىء المدين من التزامه ولكنها تدع الدائن ملزماً بالأداء المقابل لأداء المدين الذى صار مستحيلاً ، ذلك أن نص المادة ١١٣٨ يلقى تبعة الهلاك على عاتق المشتري ، الذى يعتبر دائئاً بالشىء الذى هلك ومالكا له (١٧) •

ويعزز حكم هذا النص نصوص كل من المواد ١٥٨٣ و ١٥٨٥ و ١٥٨٦ الواردة فى الفصل الخاص بعقد البيع •

أما فى القانون المصرى ، فيبدو أن المشرع أخذ بعكس ذلك حيث ان المادة ٣٧١/٢٩٧ مدنى تجعل الهلاك على عاتق البائع حتى يتم التسليم. فيبدو أن هذا النص وكثير غيره من النصوص الأخرى تطبق على عقود البيع القاعدة العامة التى تجعل الهلاك على عاتق المدين ، بخلاف نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى •

فيظهر أن الحلين اللذين أخذ بأحدهما القانون الفرنسى وبالأخر القانون المصرى على طرفى نقيض ، ولكن الواقع غير ذلك ، وسأبين فيما يلى أن القانونين يلتقيان فيما ذهبا إليه فى هذا الخصوص ولا يتعارضان •

وسأبدأ بعرض حكم القانون الفرنسى فى هذا الشأن ثم أستهدى بدراسة القانون المقارن وبخاصة بحكم الشريعة الاسلامية فى صدره . وسيمكننى ذلك من استجلاء نصوص القانون المصرى وتقريب حكمها من حكم القانون الفرنسى •

(١٧) تنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على أن الالتزام بتسليم شىء يتم بمجرد توافق ارادة المتعاقدين ، فيجعل الدائن مالكا ويضع على عاتقه هلاك الشىء من الوقت الذى يجب فيه تسليمه ولو أن تسليمه الفعلى لم يتم ما لم يكن المدين معذراً لتسليمه ، اذ يبقى الهلاك حينئذ على عاتقه .

في القانون الفرنسي : يكاد أغلب شراح القانون الفرنسي يتفقون على أن حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يعتبر خروجاً على حكم القاعدة العامة ، ثم يختلفون في تعليل هذا الخروج ، فبينما يعتبره بعضهم أنه يجعل تبعة الهلاك على عاتق المشتري باعتباره دائناً ، يذهب الآخرون الى أن تحميله هذه التبعة مؤسس على اعتباره مالكا . وهناك فريق يرون أن حكم المادة ١١٣٨ لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة (١٨) .

ويرجع أصل هذا الخلاف في الرأي الى القانون الفرنسى القديم .

نفى روما كانت تبعة الهلاك على المدين *res perit debitori* هي القاعدة العامة بالنسبة الى العقود الملزمة للجانبين وكان يرد عليها استثناء فيما يتعلق بعقود البيع وعقود التصرف التى كان انتقال الملكية فيها يتوقف على تسليم الشيء ، فكان هذا الاستثناء يحمل المشتري - الدائن بالشيء المبيع - تبعة هلاك الشيء من وقت إبرام العقد ومن قبل أن يتم التسليم ، وكان هذا الاستثناء يعلل بأنه لو زادت قيمة الشيء بعد البيع ، فإن المشتري هو الذى يفيد من زيادة القيمة دون زيادة في الثمن الذى التزم به ، فيكون من العدل أن من تؤول اليه زيادة القيمة يتحمل هو خسارة نقص القيمة أو هلاك الشيء أو تلفه (١٩) .

وفي القانون الفرنسى القديم وحتى صدور تقنين نابوليون حرصت أحكام المحاكم على تطبيق القاعدة الرومانية القاضية بأن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري من وقت إبرام العقد ، ولو كان التسليم مؤجلاً الى أجل لاحق ، فكان الأجل الذى يقف التسليم وبالتالي يؤجل انتقال الملكية لا يؤثر في نقل تبعة الهلاك الى المشتري من وقت العقد (٢٠) ، وكان في هذا الحكم شدة على المشتري لأنه يقضى بتحميله

(١٨) انظر عرض هذه الآراء المختلفة فيما سيجىء في ص ٦١٦ وما بعدها .

(١٩) انظر سالى ، في الالتزام نبذة ١٨٣ ، بيتى E. Petit في القانون الرومانى ص ٣٩١ نبذة ٣٩٤ .

(٢٠) بلانيول ج ٢ نبذة ١٢٤٥ .

تبعة الهلاك قبل أن يصير مالكا وقبل أن يتسلم الشيء . اذ أن احتمالات الهلاك كانت تفوق بكثير احتمالات زيادة قيمة الشيء .

ومنذ القرنين السابع عشر والثامن عشر وجهت سهام النقد الى هذا الحكم من فقهاء كبار (أمثال باغندورف Puffendorf وباربيراك Barbeyroc) الذين نادوا بأن مبادئ العدالة تقتضى أن يبقى هلاك المبيع على البائع طالما بقى هذا مالكا ، فلا تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري الا بانتقال الملكية اليه ، وقد جعلوا شعارهم الذى يلخص رأيهم أن الهلاك على المالك *res perit domino* (٢١) ، ولكن هذا رأى لقى معارضة شديدة حتى عشية وضع تقنين نابوليون . فظل بوتيه يعارضه حتى النهاية (٢٢) .

فلما صدر تقنين نابوليون فى سنة ١٨٠٤ متضمنا النص فى المادة ١١٣٨ منه على أن الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد تراضى الطرفين وينقل الملكية من تلقاء ذاته وبقوة القانون ، اعتبر هذا النص انتصارا للرأى القائل بأن تبعة الهلاك تكون على المالك ، ذلك أنه بمقتضى هذا النص كان المشتري (الدائن بالمبيع) يصبح مالكا بمجرد العقد ، ويتحمل تبعة الهلاك منذ ذلك الوقت ولو لم يتسلم المبيع .

وقد رأى أكثر الشراح الأوائل فى نص المادة ١١٣٨ حكما خاصا بعقود البيع والتصرف يجعل الهلاك على المالك خلافا للقاعدة الأصلية فى العقود الملزمة للجانبين التى تجعل الهلاك على المدين .

وقد ذهب بعضهم فى تحليل هذا الحكم الخاص بأنه تطبيق لقاعدة الهلاك على الدائن ، وهى القاعدة المقررة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم . فضلا عن مساندة المنطق القانونى وقواعد العدالة لها

(٢١) بلانيول ج ٢ نبذة ١٢٤٦ .
(٢٢) بوتيه فى عقد البيع نبذة ٣٠٨ .

فمن ناحية المنطق القانوني رأوا أن الالتزامات المتقابلة التي تنشأ من عقد ملزم الجانبين تصبح بمجرد إبرام العقد التزامات مستقلة لكل منها كيانه الخاص ويخضع كل منها لحكمه الخاص بقطع النظر عما يعترى الالتزام المقابل . ومن ناحية العدالة فإن المشتري هو الذي يجب أن يتحمل الخسارة لأنه هو الذي يفيد من زيادة قيمة الشيء في الفترة بين البيع والتسليم (٢٣) . ولكن هذا للنظر ظاهر انه يتجاهل المبدأ الأساسي في العقود وهو مبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة الناشئة من العقود الملزمة للجانبين ، كما هو ظاهر أيضا انه من ناحية العدالة فإن احتمال زيادة القيمة لا يتناسب مع احتمالات الهلاك .

لذلك ذهب آخرون الى ارجاع هذا الحكم الخاص بعقود البيع والتصرف الى مبدأ الهلاك على المالك *res perit domino* (٢٤) .

غير أنه لو كان هذا التعليل صحيحا لتمعين أن يتحمل المشتري - بصفته مالكا - تبعه هلاك الشيء من وقت إبرام العقد ، ولو كان ثمة اتفاق على ارجاء التسليم الى أجل معين . وفي هذا يقول بلانيول مؤكدا : « ... ان الهلاك يقع على عاتق المشتري من وقت إبرام العقد . فإذا فرضنا الاتفاق في عقد البيع على ارجاء التسليم الى أجل معين وان المبيع هلك قضاء وقدر في الفترة ما بين العقد والتسليم ، فلأن البائع لا ينسب اليه خطأ في هذه الحالة ، فهو يبرأ من التزامه بالتسليم ، ولكن العقد يظل قائما والمشتري يبقى ملزما بدفع الثمن ولا يجوز له استرداده ان كان قد دفعه ، فهو اذن الذي يتحمل تبعه الهلاك (٢٥) » .

غير أن هذا النظر يصطدم بنفس نص المادة ١١٣٨ الذي يجرى

(٢٣) ديولومب ج ٢٤ ص ٤١١ و ٤١٢ ، لوران ج ١٦ نبذة ٢٠٨ و ٢٠٩ ، بودري لاكلتيزي وبارد ج ١ نبذة ٤٢٣ و ٢٥٤ .
(٢٤) انظر بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤١ ، كلبيان ج ٢ ط ٧ ص ٨٤ نبذة ٩٣ ، لارومبيير ج ١ على المادة ١١٣٨ نبذة ٢٣ .
(٢٥) بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤١ .

بأن الالتزام بالتسليم يضع تبعة الهلاك على الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشيء إليه ولو لم يتم التسليم فعلا .
فالواضح من هذا النص أنه يدع الهلاك على عاتق المدين فى الفترة ما بين إبرام العقد والأجل المعين للتسليم ، فلا تنتقل هذه التبعة الى الدائن الا من الوقت الذى كان يجب فيه التسليم . وظاهر أن هذا الحكم لا يكفى لتفسيره مبدأ الهلاك على المالك وحده .

وقد حدا ذلك العلامة جوسران — وهو أيضا يرى فى نص المادة ١١٣٨ انتصارا لمبدأ الهلاك على المالك — الى أن يفسر هذا النص بأنه نتيجة للتجديد الذى استحدثه تقنين نابوليون من مبدأ انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدين فيقول جوسران فى ذلك انه من وقت إبرام البيع وبمجرد التعاقد يصبح المشتري مالكا المبيع ، وهو ما مفاده أن البائع قد نفذ أهم التزاماته الناشئة من عقد البيع وهو الالتزام بنقل ملكية المبيع ، فمنذ ذلك الوقت ولو لم يكن قد قام بالتسليم ، فإن الوضع تغير عما كان عليه قبل العقد . فإذا حدث الهلاك بعد ذلك ، فإنه يكون لاحقا لتنفيذ التزام المدين بنقل الملكية . وطالما أن المدين قد نفذ أهم التزاماته ، فإن ذلك يبرر بقاء التزامات الطرف الآخر بالرغم من هلاك الشيء المبيع . فتقع تبعة هذا الهلاك بطبيعة الحال على المالك بصفته مالكا لا بصفته دائنا ، ويستطرد جوسران قائلا : وفى الحقيقة لا تتور حينئذ مسألة تبعة الهلاك على الأقل من زاوية التعاقد ، إذ الأصل أنه اذا هلك شيء ليس محل تعاقد فإنه يهلك على مالكة ، وهو فى حالتنا المشتري الذى صار مالكا ، وبعبارة أخرى فإن الارتباط بين الالتزامات المتبادلة الناشئة من العقود الملزمة للجانبين ينقضى بمجرد وفاء بعض هذه الالتزامات (٢٦) .

ونرى أن مذهب جوسران فى ذلك يصطدم بنفس الاعتراض الذى تقدم أن مذهب بلانيول أصطدم به ، وغرق ذلك فإن جوسران فى محاولته

رد حكم المادة ١١٣٨ الى مجرد تطبيق للقاعدة العامة ، يقرر أن التزامات الدين قد تم تنفيذها بمجرد توافق المتعاقدين (هذا التوافق الذي يكفي بذاته لنقل الملكية من البائع الى المشتري) ويرتب على ذلك أن مسألة الهلاك لا يصح النظر اليها بعد ذلك من زاوية التعاقد ، ولكنه في ذلك يلتفت عن التزامين هامين من التزامات الدين هما الالتزام بتسليم الشيء والالتزام بالمحافظة على الشيء الى حين تسليمه وهما التزامان رئيسيان مقرران صراحة بنص المادة ١١٣٦ لم يتم تنفيذهما ومن شأن عدم تنفيذ أيهما ولو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أن يؤدي الى فسخ العقد .

وعندى أن نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يتضمن حلا توفيقيا بين النظريات المختلفة التى كانت تتنازع مسألة تبعة الهلاك عشية وضع التقنين المدنى الفرنسى . فقد رأينا أن مبدأ الهلاك على المدين كان يمثل القاعدة العامة للعقود كافة ، وكان يرد عليه استثناء فيما يتعلق بعقود البيع والتصرف حيث كان يحكمها مبدأ الهلاك على الدائن . فالمدين كان كقاعدة عامة يظل محتفظا بملكية الشيء الى أن يتم تسليمه الى الدائن ، وتبعا لذلك كانت تبعة الهلاك تلزمه حتى هذا الوقت . أما فى عقد البيع . فلو أن البائع كان يظل محتفظا بملكية المبيع الى أن يتم تسليمه الى المشتري ، فإن هذا الأخير كان يتحمل تبعة الهلاك منذ إبرام العقد . فكانت الأهمية العملية بين القاعدة والاستثناء تتركز فى تبعة الهلاك الذى يحدث فى الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم الشيء . ويجب أن لا يغيب عن البال انه فى ذلك العهد لم يكن يتم انتقال الملكية بمجرد اتفاق المتعاقدين بل بحصول التسليم . فكان طبيعيا إذن أن تقع تبعة الهلاك الذى يحدث فيما بين العقد والتسليم على عاتق المدين ، لأن الشيء كان فى هذه الفترة لا يزال باقيا على ملكه وكان هو ملزما بتسليمه . اما أن تقع تبعة الهلاك على المشتري وهو الدائن فى عقد البيع فى حين أن الملكية كانت تظل للبائع الى حين التسليم ، فقد بدا ذلك بالغ الشدة ، وبخاصة فى نظر أنصار مدرسة القانون الطبيعى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ، فعنادى هؤلاء باسم العدالة بأن يؤخر انتقال تبعة الهلاك الى عاتق المشتري

حتى يتم تسليم الشيء إليه ، وبالتالي حتى يصير مالكا . وأوجزوا مذهبهم في شعار الهلاك على الملك *res perit domino* ، وفي الحقيقة كان مذهبهم يؤدي إلى قلب الاستثناء المقرر فيما يتعلق بمعقود البيع والتصرف وبالتالي إلى العودة إلى المبدأ الأصلي مبدأ الهلاك على المدين ، ذلك أن المبدئين مبدأ الهلاك على الملك ومبدأ الهلاك على المدين ، كان يؤدي تطبيقهما إلى نفس النتيجة وهي جعل الهلاك على المدين — سواء كان بائعا أو غير بائع — حتى التسليم ، أي طوال الوقت الذي كان يظل فيه مالكا . فلم يكن ثمة داع لاستحداث مبدأ جديد في هذا المجال (٢٧) ، وصولا إلى نفس النتيجة التي كانت تؤدي إليها القاعدة الأصلية المعتمدة هي القاعدة العامة في المعقود . ومع ذلك فإن واضعي تقنين نابوليون ، تحت اغراء الفكرة الجديدة واقتناعا منهم بمعدالة مذهب القانون الطبيعي ، انحازوا صراحة إلى الأخذ بمبدأ الهلاك على الملك (٢٨) . غير أنهم بدلا من أن يؤخروا انتقال تبعة الهلاك إلى حين حصول التسليم وانتقال الملكية لجأوا بالعكس من ذلك إلى تقديم انتقال الملكية بربطه بوقت إبرام العقد . وهذا هو ما توخوه بالنص في المادة ١١٣٨ على أن الالتزام بتسليم الشيء يتم تنفيذه بمجرد توافقه إرادتي العاقدين .

وهم بذلك اعتقدوا أنهم بتقريرهم انتقال الملكية فورا بمجرد توافقه الإرادتين وبجمعهم بذلك في شخص المشترط صفتي الدائن بشيء معين والمالك له سيخففون من حدة الخلاف الناشب في شأن تبعة الهلاك وكانوا يؤمنون أنهم بذلك سيرضون أنصار النظريات المختلفة وإن كلا منهم سيجد في هذا الحكم تكريسا لرأيه (٢٩) .

(٢٧) انظر في أصل قاعدة الهلاك على الملك بلانيول ج ٢ ص ٥٦ نبذة ١٣٤٦ وآلهامشي ١ .

(٢٨) ويظهر ذلك بوضوح من الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي انظر بصفة خاصة تقرير بيجو برنابيه إلى المجلس التشريعي في مجموعة نيبييه للأعمال التحضيرية ج ١٣ ص ١٣٠ وتصريح المفصل كيباسيريس في المجموعة ذاتها ج ١٤ ص ٢١ .

(٢٩) انظر دييولومب ج ٢٤ ص ١٤ نبذة ٤٢٤ .

غير أن مجرد اعتناق مبدأ الهلاك على المالك مقترنا بتقرير انتقال الملكية فور العقد لم يكن ليغير شيئاً من الشدة التي كان القانون القديم يعامل بها المشتراط في الترام بإعطاء شيء ، إذ ظل هذا الأخير يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث في الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم الشيء . ومن غير المقبول أن يكون واضعو التقنين المدني الفرنسي إذ أخذوا في جلاء بالقاعدة الجديدة ، قاعدة الهلاك على المالك ، لم يقصدوا إلى التخفيف من تلك الشدة التي كانت منتقدة في القانون القديم والتي كانت منطلقاً لمذهب القانون الطبيعي في هذا الخصوص .

فلم يكن الأمر في نية واضعي تقنين نابوليون مجرد استبدال ألفاظ بأخرى ، بل كان قصدهم التوفيق فعلاً بين نظريات مختلفة كانت تتنازع مسألة تبعه الهلاك ، أولها القائلة بالاستثناء التقليدي الذي يأخذ بمبدأ الهلاك على الدائن ، والثانية هي القائلة بمبدأ الهلاك على المالك والتي كانت تؤدي — في الظروف التي قال فيها أنصار مذهب القانون الطبيعي — إلى نفس النتيجة التي كانت تؤدي إليها القاعدة العامة العتيقة قاعدة أن الهلاك على المدين . وقد انحصر التوفيق بين النظريتين في تجزئة الفترة الفاصلة بين إبرام العقد وحصول التسليم لا مكان ربط انتقال تبعه الهلاك ليس بمجرد توافق الإرادتين الذي أصبح كافياً لانتقال الملكية . ولا بحصول التسليم الفعلي بل بالوقت الذي كان يجب أن يتم فيه هذا التسليم ، شريطة أن لا يكون المدين في ذلك الوقت معذراً للتسليم .

وبين ذلك في جلاء من نص الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ مدني فرنسي التي قصد بها بيان النتائج التي يجب ترتبها على حكم الفقرة الأولى من المادة ذاتها ، وهي :

١ — أن الالتزام بالتسليم متى أصبح تاماً بمجرد توافق الإرادتين يجعل الدائن مالكا من وقت إبرام العقد . فعبارة النص التي تقول : « من الوقت الذي كان يجب فيه التسليم » لم يقصد بها البتة أن ترد

على الإثر الناقل للملكية ، لأن الاجتماع منعقد على أن الاتفاق على تأجيل التسليم لا يحول دون انتقال الملكية الى المشتري فور التعاقد .

٢ - وإن الالتزام المذكور يجعل تبعة الهلاك على الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم اليه الشيء .

وهذا الوقت قد يكون هو نفس وقت ابرام العقد وانتقال الملكية عند عدم الاتفاق على أجل يعلق عليه التسليم ، وقد يكون وقتا آخر في الحالة العكسية أى في حالة الاتفاق على أجل للتسليم . ففى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل تبعة الهلاك الى الدائن الا من وقت حلول الأجل المتفق عليه للتسليم . وحينئذ تنتقل هذه التبعة من الوقت المذكور ولو لم يتم التسليم فعلا في هذا الوقت .

وهذا الحل الذى قدمنا أنه كان وليد الرغبة في التوفيق بين النظريتين المتعارضتين جاء في الوقت ذاته منطقيا وعادلا .

فهو منطقي لأنه يتسق مع التعديل الذى استحدثه المشرع باعتماده نظرية الهلاك على المالك مقترنة بتقريره الانتقال الفوري للملكية ، بدلا من ابقائه على الاستثناء التقليدى العتيق الذى كان يجعل الهلاك على الدائن .

ولم يكن هذا التعديل المستحدث ليؤدى الى نتيجة تذكر لولا أنه اقترن بتأخير انتقال تبعة الهلاك الى الوقت الذى كان يجب فيه أن يتم التسليم . فهذه العبارة الأخيرة التى وردت في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ قد سمحت بتخفيف الشدة التى كان للدائن يعامل بها في القانون القديم دون أن يؤدى ذلك الى المبالغة في التخفيف عن الدائن أو الى اثقال كاهل المدين . وهذا بالذات ما جعل حكمها عادلا فوق كونه منطقيا . اذ أنه مما يجافى العدالة أن يحمل الدائن بتبعة الهلاك من قبل الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشيء اليه ، طالما أن الشيء لم يدخل في

حيازته بعد وطالما أنه ممنوع قانونا من أن يتسلمه (بحكم الأجل المعين للتسليم) • كما يجافى العدالة أيضا أن يحمل المدين تبعة هلاك الشيء الذى يحدث ابتداء من الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشيء الى الدارن اذا لم يكن هو قد تسبب فى عدم حصول التسليم فى الوقت المحدد لاجرائه •

ومن الناحية القانونية البحتة ، يسهل تحليل هذا الحل بالرجوع الى تاريخ المسألة • فان الوقت الذى يجب فيه التسليم اعتبر دائما طوال المدة منذ عهد القانون الرومانى والى حين وضع تقنين نابوليون ، وقتنا حاسما فيما يتعلق بانتقال تبعة الهلاك سواء تم هذا الانتقال طبقا للقاعدة العامة قاعدة الهلاك على المدين أم نم طبقا للحكم الاستثنائى الذى يجعل الهلاك على الدائن • فكان اذن من الطبيعى أن يحفظ واضعو تقنين نابوليون لهذا الوقت أهميته التقليدية • وقد فعلوا ذلك ولم يكتفوا فقط بربط انتقال تبعة الهلاك بوقت حصول التسليم المادى للشيء بل ابتدعوا الى جانب التسليم المادى نوعا من التسليم القانونى • واعتبروا هذا النوع الأخير من التسليم متحققا ، وبالتالي ناقلا تبعة الهلاك من المدين الى الدائن طالما أنه لم يوجد أجل معين للتسليم أو وجد أجل وانقضى وكان المدين غير معذر للتسليم ولم يحصل منهما يعوق التسليم •

فالقاعدة التى اعتنقها واضعو التقنين المدنى ، قاعدة الهلاك على المالك قاعدة مقيدة بضرورة حصول التسليم المادى أو القانونى • وهذا القيد مستفاد من عبارة « منذ الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشيء » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ ، والتى لا يمكن تفسيرها بغير هذا المعنى •

ومع ذلك فان هذا التفسير قد يثير بعض الاعتراضات : منها :

الاعتراض الأول :

يبدو هذا التفسير متعارضا مع نص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨

الذى يقضى بأن الالتزام بتسليم الشيء يصبح تاما بمجرد توافق ارادتي المتعاقدين ، لأنه اذا كان الالتزام بالتسليم يصبح تاما بمعنى أنه يعتبر قد تم تنفيذه بمجرد توافق الارادتين ، فيمكن أن يفهم ذلك على أن جميع آثاره تعتبر قد تم تنفيذها بما في ذلك انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك من وقت ابرام العقد ، واذا لا يكون ثمة محل لربط انتقال تبعة الهلاك بالتسليم المادى للشيء ، وبالتالي لا تكون ثمة حاجة للالتجاء الى فكرة تسليم قانونى تتحقق بحلول الأجل المعين للتسليم وبانتفاء كل عائق للتسليم من جانب المدين .

وهذا الاعتراض يمكن أن يجد له سنداً أيضاً في نص المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسى الوارد في باب البيع والذي يجرى بأن البيع يصبح تاما فيما بين عاقيه وتنتقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري ، بمجرد الاتفاق على المبيع وعلى الثمن ، ولو لم يتم تسليم المبيع ولا دفع الثمن « (٣٠) » .

رد هذا الاعتراض :

ولرد هذا الاعتراض يكفى الرجوع الى الأصل التاريخى لنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى .

سواء في القانون الفرنسى القديم أو في القانون الرومانى لم يكن مجرد توافق الطرفين كافياً لنقل ملكية المبيع فكان لابد هوق ذلك من حصول تسليم المبيع la tradition ، غير أن العمل جرى على التخفف من هذا الشرط بالالتجاء الى فكرة التسليم الحكمى tradition feintp وذلك بادراج شرط فى العقود وبخاصة عقود البيع يقرر البائع بمقتضاه أنه تخلى عن حيازة الشيء وأناطها بالمشتري ، ويقرر

المشتري من جانبه أنه تسلم الشيء ، وكان هذا الشرط - شرط التخلي - والتخلي يسمى *clausc de dessaisine - saisin* ، وجري العمل بادراج هذا الشرط في العقود *clause de style* حتى أصبح يفترض وجوده فيها ، ويتم بذلك نوع من التسليم الحكمي يقوم مقام التسليم الفعلي ويترتب عليه انتقال الملكية (٣١) .

ويقول ديملومب في ذلك أنه منذ ذلك العهد كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ولكن لأن الأذهان كانت متأثرة بفكرة أن التسليم ضروري لانتقال الملكية ، استمر العمل على ادراج شرط التخلي والتخلي في العقود ، وبذلك كان يتحقق التسليم الحكمي .

فالقانون الفرنسي القديم ظل حتى آخر عهده يتطلب من حيث المبدأ ضرورة التسليم لتحقيق انتقال الملكية ولكنه في الواقع استغنى عنه .

وهذا ما يبين لنا حقيقة المقصود بعبارة المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى فالالتزام بالتسليم ، أعنى ضرورة التسليم اللازم لانتقال الملكية ، باق أو على الأقل مفروض أنه باق ، ثم يقرر النص أن هذا الالتزام بالتسليم يتم *ost parfaite* ، أى أنه يعتبر قد تم تنفيذه بمجرد اتفاق العاقلين (٣٣) . ويظهر من ذلك أن واضعى التقنين المدنى الفرنسى أرادوا الاستغناء عن شرط التخلي والتخلي الذى كان العمل قد جرى على ادراجه في العقود ، واعتبروه نافلة ، أو ربما اغترضوا وجوده دائما في كل العقود .

ولا تدع الأعمال التحضيرية مجالا لأى شك في هذا الخصوص ، اذ يبين منها أن مفاد الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨ أن التسليم الحكمي الذى كان ضروريا في عهد القانون القديم ليتحقق به انتقال الملكية

(٣١) انظر ديملومب ج ٢٤ ص ٤٠٠ .
(٣٢) انظر لارومبير ج ١ المادة ١١٣٨ نبذة ٣ و ٤ ، بودرى لاكانتيزى
وبارد ج ١ نبذة ٣٠٤ وما بعدها .

أصبح يعتبر في هذا الخصوص أنه قد تم تنفيذه بمجرد اتفاق العاقدين .

وهذا هو المعنى الوحيد لعبارة *L' obligation de livrer est parfaite* سواء في المادة ١١٣٨ أو في المادتين ١٥٨٣ و ١٥٨٦ ، ففي هذه المواد يقصد بتمام الالتزام بالتسليم أو بتمام البيع اتمام التسليم الحكمي الذي كان يترتب عليه انتقال الملكية . وهذا واضح تماما من عبارة المادة ١٥٨٣ ذاتها ومن تعليق النائب فور *Fauré* عليها حيث قال : « مادام قد تم الاتفاق على المبيع وعلى الثمن يصبح البيع تاما ، فيصير المشتري مالكا للمبيع وتزول ملكية البائع اياه . ويصبح البيع تاما ولو لم يكن البائع قد نفذ شيئا » (٣٣) . وتتمام العقد هذا *cette perfection du contrat* لا يشمل انتقال تبعة الهلاك - كما في نص المادة ١٥٨٥ الذي يقضى بأنه « اذا لم يكن بيع العروض جزاءها *n'est point parfaite en bloc* فان البيع لا يصبح تاما بمعنى أن تبعة هلاك الأشياء المبيعة تبقى على عاتق البائع الى أن يتم وزنها أو عدها أو كيلها » لأن كلمة *parfaite* في هذا النص الأخير استعملت بمعنى آخر غير المعنى الذي استعملت فيه في المادة ١١٣٨ وفي المادة ١٥٨٣ ، بدليل أن المشرع نفسه اضطر أن يفصح في نص المادة ١٥٨٥ ذاته عن المعنى الذي قصده فيه بالكلمة ذاتها حيث قال : « *Qu'en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur Jusqu'a ce elles soient pesées, comptées ou mesurées* »

وذلك بناء على ملاحظة من قسم التشريع في مجلس الدولة *le Tribunal*.

فمن الواضح من نص الفقرة الأولى للمادة ١١٣٨ مدني فرنسي أن الالتزام بالتسليم لا يعتبر تاما الا غيما يتعلق بانتقال الملكية وان ذلك لا يستبعد احتمال الاتفاق على ارجاء التسليم الى أجل معين ، وبذلك ينتفي كل تناقض بين القول بأن الالتزام بالتسليم يصبح تاما بمجرد

اتفاق العاقدین (الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨) والقول في الفقرة الثانية بأن الالتزام بالتسليم يجعل تبعة الهلاك على عاتق الدائن من الوقت الذي كان يجب فيه أن يسلم الشيء إليه .

الاعتراض الثاني :

ان الحل سالف الذكر يتعارض مع نص المادة ١٥٨٥ مدنى غرنسى الذى يقضى بأنه « اذا لم يكن بيع العروض جزاءا بل بيعت بالوزن أو بالعدد أو بالكيل ، فإن البيع لا يكون تاما بمعنى أن الأشياء المباعة تبقى تبعة هلاكها على البائع الى أن يتم وزنها أو عددها أو كيلها ... » . اذ المعروف أنه في بيع الأشياء المثلية لا تنتقل الملكية الا باغراز المبيع . ولأن نص المادة ١٥٨٥ يربط انتقال تبعة هلاك المبيع المثلى بوقت اغرازه . فهذا دليل على أن المشرع اعتبر انتقال تبعة الهلاك كنتيجة لازمة لانتقال الملكية . ويرى القائلون بهذا الاعتراض أن مؤدى ذلك أن كلا الاثرين المذكورين يتحققان بمجرد وزن المبيع أو عدده أو كيله ، ولو كان تسليم المبيع مرجأ الى وقت لاحق .

وهذا الاعتراض ميسور رده بما يلى :

انه وان كان من المقرر بصفة عامة أنه في بيع الأشياء المثلية لا تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري الا باغراز المبيع سواء تم الاغراز في حضور المشتري من طريق الوزن أو العدد أو الكيل ، أو تم في غير حضوره من طريق الوزن أو العدد أو الكيل مقترنا بتصدير المبيع (٣٤) ، فلا مناص من التسليم بأن الهلاك يبقى على عاتق البائع في الأمثلة الآتية :

(٣٤) انظر اهرنج في ملاحظات على نظرية الهلاك في عقد البيع في مجموعة اماله المختارة ، ترجمة ميلينارى Meulenaere ، باريس ١٨٩٣ ص ١٢٥ .

(أ) دخل شخص مطعما مع ثلاثة رفاق وطلب أربع زجاجات من شراب معين ، ولم يكن في المطعم في هذه اللحظة سواهم ، فأعدت الزجاجات الأربع وتم تسليمها للغلام المكلف بحملها الى مائدة العملاء المذكورين ، وفي طريقه اليهم عثرت قدماء دون أى خطأ منه فانقلب على وجهه وانكسرت الزجاجات ، فهل يسوغ القول بأن تبعة هلاكها تكون على العملاء الذين أعدت لهم هذه الزجاجات ؟

(ب) اشترى أحد التجار عشرة قناطير من القطن من صنف ورتبة معينين على أن تسلم اليه في عشر بالات ، وتم وزن المقدار المبيع في حضور المشتري وترك لدى البائع لكبسه في بالات ، ثم هلك في حريق لا يد لهيه للبائع ، فهل يسوغ القول بأن هلاكه يكون على المشتري •

(ج) باع تاجر ترزى ثوبا يفصله لعميله من قماش يختاره هذا الأخير ، فاقتار المشتري القماش وقصه الترزى في حضور المشتري ، ثم سرق من المحل في اعتداء مسلح ، فهل تقع تبعة هلاكه على المشتري ؟

لقد أثبت اهرنج بحجج قاطعة أن تبعة هلاك المبيع المثلئ لا تنتقل الى المشتري من وقت اغراز المبيع بل من الوقت الذي يكون فيه البائع قد أتم من جانبه كل ما كان ملزما أن يقوم به بموجب العقد (٣٥) • وقال في ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل الى المشتري من الوقت الذي يتم فيه التسليم أو الذي يصبح فيه المشتري معذرا للتسليم • صحيح ان التسليم يتم في الواقع في صور مختلفة حسب الأحوال ولكنه من الناحية القانونية يتم دائما في الوقت الذي يقوم فيه المتعهد بكل ما التزم به وفقا للنية المشتركة للطرفين (٣٦) •

وهذا الرأي يجد تأييدا له في الأعمال التحضيرية للمادة ١٥٨٥

(٣٥) اهرنج المرجع السابق ص ١٢٥ •

(٣٦) اهرنج في المرجع السابق ص ١٢٩ •

مدنى فرنسى حيث يقول تريلهارد Treilhard « اذا اشترى شخص مقدارا معيناً من العروض بالمقاس أى دون أن يكون البيع جزافاً en blanc فإن البيع لا يعتبر تاماً la vente n'est parfaite إلا بعد أن يتم قياس المبيع وتسليمه » (٣٧) . هذه هى النية الواضحة الجلية لواقعى التقنين المدنى الفرنسى .

فعبارة المادة ١٥٨٥ مدنى لفرنسى يجب فهمها على أن المشرع نظر فيها الى الحالة الغالبة فى العمل وهى الحالة التى يكون فيها المثلئ المبيع قابلاً للتسليم بمجرد افرازه ، ولكن هذا لا ينفى أنه اذا كان المبيع غير واجب التسليم إلا بعد وقت معين من تاريخ افرازه ، فإن تبعة هلاكه تبقى على البائع الى الوقت الذى يجب فيه تسليمه الى المشتري ، وهذا الحكم لا يعدو فى النهاية أن يكون تطبيقاً لحكم المادة ١١٣٨ فقرة ثانية . وهكذا يتم التوفيق بين النصين ، ولا مصل للقول بتعارضهما ، وبذلك يسقط الاعتراض الثانى كما سقط الاعتراض الأول .

٢ - فى القانون المقارن :

بالرجوع الى القانون المقارن يبين أن الشرائع التى أرادت الأخذ بالمبدأ الاستثنائى الجديد الذى يجعل تبعة الهلاك على المالك قد نصت صراحة على أن تبعة هلاك الشئ تنتقل الى المشتري بمجرد ابرام العقد وليس من الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشئ . وقد نص على ذلك كل من تقنين اللترامات السويسرى فى المادة ١٨٥ منه ، وكذلك تقنين اللترامات المجرى اذ نص فى المادة ٤٩٣ منه على أنه بمجرد ابرام العقد يصبح المبيع فى ضمان المشتري ولو لم يتم التسليم (٣٨) والتقنين المدنى

(٣٧) انظر مجموعة نيهيه للاعمال التحضيرية ج ١٤ ص ٢١ .
(٣٨) تارن مع ذلك المادة ٤٩٦ التى تنص بان المبيع يكون فى اثناء نقله فى ضمان البائع الى ان يصل الى المشتري .

اليوندى اذ تنقضى المادة ١٢٧٣ منه بأن الالتزام بتسليم شىء معين يجعل تبعة هلاك هذا الشىء على الدائن من وقت نشوء هذا الالتزام .

ويظهر أن الأمر كذلك أيضا فى التقنين المدنى البرتغالى حيث تنص المادة ٧١٧ منه اذا هلك الشىء المبيع أو تلف فى أثناء وجوده فى حيازة من باعه : فتقع تبعة هلاكه على المشتري ما لم يكن الهالك أو التلف راجعا الى خطأ حائزه أو الى اهماله .

وعلى النقيض من ذلك القانون الانجليزى والقانون النمساوى فانهما متمسكان بالقاعدة العامة ويرفضان الاستثناء منها ، فهما يأبيان حتى انتقال الملكية قبل التسليم (٣٩) ، فيقرر أنه اذا هلك الشىء قبل التسليم فيكون هلاكه على المدين الذى بقى مالكا (٤٠) ولكنه يتحمل تبعة الهالك باعتباره مدينا لا باعتباره مالكا كما يقول بلانيول (٤١) ، اذ لا داعى للالتجاء الى الاستثناء طالما أن تطبيق القواعد العامة يؤدى الى النتيجة ذاتها . وقد أخذ قانون الجمهورية الفضية بمثل ما ذهب اليه القانونان الانجليزى والنمساوى حيث نص فى المادة ٦١١ منه على أن الدائن لا يكسب أى حق عينى على الشىء طالما هو لم يتسلمه ، وفى المادة ٦١٢ منه على أن الالتزام باعطاء شىء قيمى يجب أن ينقل حقا عينيا على هذا الشىء ، وينقضى الالتزام بالنسبة الى الطرفين اذا هلك الشىء دون خطأ من المدين . فهذه الشرائع مع أخذها بالقاعدة الرومانية غيما يتعلق بنقل الملكية ، أبت أن تأخذ بما أخذ به الرومان غيما يتعلق بتبعة الهالك فى عقد البيع .

ويبدو أن الشرائع التى لا تأخذ بانتقال الملكية بمجرد العقد هي وحدها التى تطبق غيما يتعلق بتبعة الهالك فى العقود التى تنشئ التزاما

(٣٩) انظر أحمد مفتى زغلول باشا ص ٢١٦ .

(٤٠) انظر بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ ، مفتى زغلول باشا ص ٢١٦ .

(٤١) بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ .

باعطاء شيء القاعدة العامة التي تجعل الهلاك على المدين ، غير أن الحقيقة خلاف ذلك اذ أن قانون ولاية كيبيك الذي أخذ — خلافا للقانونين الانجليزى والنمسوى — بانتقال ملكية المبيع المعين بذاته الى المشتري بمجرد توافق الإرادتين ولو لم يتم تسليمه (المواد ١٠٢٥ و ١٤٧٢ فى باب البيع و ١٥٩٦ فى باب المقايضة) ، قد أحال مع ذلك صراحة الى القاعدة العامة فيما يتعلق بتبعية الهلاك . فهو بالرغم من أخذه بانتقال الملكية فور التعاقد يجعل تبعة الهلاك على المدين طالما أنه لم يف بالتزاماته بما فيها الالتزام بالتسليم . وهذا يدل على أن قاعدة الهلاك على المالك ليست نتيجة لازمة للأخذ بانتقال الملكية بمجرد توافق الإرادتين كما يذهب الى ذلك أغلب الشراح .

ويظهر ذلك حتى فى بعض الأنظمة القانونية القديمة التى تتعارض مع القانون الرومانى . غفى الشريعة الاسلامية بالرغم من أن انتقال الملكية يتم بمجرد تعاقد الطرفين ، فإن تبعة الهلاك تبقى على المدين حتى التسليم ، وكذلك كان الأمر فى القانون الجرمانى القديم بل أن القانون الألمانى مع انه سار على درب القانون الرومانى فيما يتعلق بالالتزامات بوجه عام ، قد أخذ فيما يتعلق بتبعية هلاك المبيع بما كان متبعا فى القانون الجرمانى القديم ، فتنص المادة ٤٤٦ منه على أن « تسليم الشيء المبيع ينقل الى المشتري تبعة هلاكه أو تلفه الراجع الى حادث مفاجئ » . غير أن النص ذاته يضيف الى ذلك أنه اذا كان مشتري العقار قد سجل شراؤه فى السجل العقارى باعتباره مالكا قبل تسلمه ، فإن تبعة الهلاك تنتقل اليه من وقت هذا التسجيل » . وقد خيل لبعض الشراح من هذه الفقرة الأخيرة ان القانون الألمانى يأخذ بقاعدة أن الهلاك على المالك (٤٣) ، ولكن الأمر بخلاف ذلك ، لأن الفقرة الأولى

(٤٢) انظر سالى فى المرجع السابق نبذة ١٨٤ .

(٤٣) انظر بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ ، عبد السلام ذهنى نبذة ٢٠٢

وثرىب فتحى زغلول بلثا ص ٢١٦ ، حلى عيسى بلثا فى البيع ص ٢٨٤
نبذة ١١٨٩ .

قد قررت قاعدة أن الهلاك على المدين ولم يقصد بالفقرة الثانية الا ابراز
أن التسجيل في العقارات يقوم مقام التسليم .

وقد نحا التقنين البرازيلي نحو التقنين الألماني في هذا الشأن في
المادتين ١١٣٦ و ١١٣٧ منه .

٤ - في الفقه الاسلامي :

يتميز الفقه الاسلامي فيما يتعلق بتبعية الهلاك بخصيصة هامة يمكن
أن ترشدنا الى حل المسألة في القانون المصري وتتيح لنا التقريب بين
هذا الحل وبين حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى .

غفى الفقه الاسلامي تنتقل الملكية بمجرد توافق الارادتين (٤٤) .
ولكن تبعة الهلاك تبقى على عاتق المدين حتى التسليم (٤٥) ، تلك هي
المقاعدة العامة التي سار عليها اعلام الفقه الاسلامي ولم يحد عنها
ايهم حتى في عقود البيع والتصرف (٤٦) غير أنه لم يغب عنهم ما في هذه
القاعدة من شدة بالنسبة الى المدين ، فعالجوا ذلك بالتوسع في فكسة
التسليم بأن قرروا أن التسليم لا يكون فقط بنقل حيازة الشيء الفعلية ،
وانما يتم أيضا بمجرد وضع المدين الشيء تحت تصرف الدائن بحيث
يمكن هذا من قبضه دون عائق (٤٧) ، فهم قد اعتبروا أنه يوجد علاوة

(٤٤) فتحي زغول باشا ص ٢١٥ و ٢١٦ .

(٤٥) انظر حلمى عيسى باشا في البيع ص ٢٨٤ نبذة ١٣٤٠ ، عبد
السلام ذهني بك ص ٢٠٠ نبذة ٢١٢ ، أحمد قدرى باشا في مرشد الحيران
المادة ٣٦٦ ، أحمد ابراهيم بك في المعاملات سنة ١٩٣٦ ص ١٤٢ ، أحمد
أبو الفتى بك في المعاملات سنة ١٩١٦ ص ٩٢ ، شفيق شحاتة في نظرية عامة
للالترام في الفقه الاسلامي سنة ١٩٣٦ ص ١٤٧ .

(٤٦) انظر المادة ٤٣٤ من مرشد الحيران والمادة ٢٠٣ من المجلة
والمادة ٧ من المشروع النهائي للبلب المتعلق بعقد البيع مجلة القضاء ببغداد
السنة الثانية نبذة ٣ و ٤ ص ٣٢٤ .

(٤٧) أنظر المادة ٤١٤ من مرشد الحيران لقدرى باشا والمادة ٢٦٣ من
المجلة والفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٦٦ وقد جاء فيه أن تسليم المبيع هو أن =

على التسليم المادى للشيء نوع من التسليم القانونى يتم بمجرد وضع الشيء تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من التصرف فيه فعلا ، واشتراطوا لذلك شرطين : (١) من جانب المدين أن يضع الشيء محل الالتزام تحت تصرف الدائن ، بحيث يتمكن هذا الأخير من قبضه ، (٢) ومن جانب الدائن مكتة قبض الشيء والتصرف فيه دون أن يعوقه عائق .

وأجروا تطبيق ذلك في حالات كثيرة ، فجاء في الفتاوى الهندية (ج ٣ ص ١٦) : « اذا باع رجل خلا في برميل موجود لديه ، ورخص للمشتري في تسلمه بفوضم المشتري خاتمه على البرميل وتركه في دار البائع . فان هلك الخل أو تلف بحادث فجائى فتقع تبعه هلاكه على المشتري ، وجاء في ص ١٧ منها اذا اشترى شخص ثوبا ورخص له البائع في تسلمه ثم سرق القوب بالقوة المسلحة قبل أن يتسلمه المشتري ، فيعتبر الهلاك حاصلًا بعد التسليم اذا كان في وسع المشتري وقت ذلك الترخيص أن يمد يده ويأخذ الثوب دون أن ينهض ، والا فلا يعتبر التسليم قد تم ، وجاء في المادة ٢٧٣ وفي المادة ٤٣٨ من مرشد الحيران أنه اذا وزن أو كيل المبيع المثلى ووضع في الأوعية التى قدمها المشتري لهذا الغرض . فان التسليم يعتبر قد تم .

= يخلى بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه دون حائل » ، وجاء في البدائع ج ٣ ص ٢٤٤ : « ولما نفسر التسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلى وهو ان يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له ، وكذا تسليم الثمن من المشتري الى البائع » ، واعتارنا بمزية فكرة التسليم هذه اعتبدها الاساذ السنهورى وأدخلها في مشروع التقنين اللبنى العراقى (انظر المادة ٣٥ من المشروع النهائى للباب المتعلق بمقد البيع بجلة القضاء ، بعداد السنة الثانية المعددان الثالث والرابع ج ٢ ، ٧/٢٢٤) .

٤ - في القانون المصري :

وقد تضمن التقنينان المصريان في المادتين ٢٩٧/٣٧١ منها صيغة تقرب من صيغة القسانون الألماني ومن صيغة الفقه الاسلامي فنصت هاتان المادتان على أنه اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب غسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد » .

وقد نصت المادة ٢٩٦/٣٣٦ على أن « ينشأ عن البيع ٠٠٠ على حسب الأحوال أن يكون المبيع في ضمان المشتري » .

ونصت المادة ٢٤١/٣٠٧ على أنه اذا كان البيع ليس جزاءا بل كان بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس فلا يعتبر البيع تاما بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس » (٤٩) .

فالواد ٢٩٦/٣٣٦ و ٢٤١/٣٠٧ وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ يظهر أنها خلافا لنص المادة ٢٩٧/٣٧١ قد اطرحت قاعدة الهلاك على المدين في هذا المجال واعتمدت بدلا منها قاعدة الهلاك على المالك (٥٠) . وقد أوهم ذلك بعض الشراح بأن أحكام القانون المصري في شأن الهلاك غير متنسقة

(٤٩) هاتان المادتان مطلبتان تلم المطبقة للعبارة الاولى من المادة ١٥٨٥ مدني فرنسي . وقد أصاب المشرع المصري باغفاله العبارة الاخيرة من هذه المادة التي تقضي بأن للمشتري في هذه الحالة أن يطالب إما بالتسليم وإما بالتعويض أن كان له محل في حالة عدم تنفيذ البائع التزامه ، ذلك أن المشرع المصري اعتبر أن التسليم قد تم بإجراء العد أو الوزن أو الكيل (قرب في ذلك المادة ٢٧١/٣٤٢ الذي تقدم أيراد نصها) . ومن ناحية أخرى فإن التعويض من عدم وناء الالتزام مقرر بمقتضى القواعد العلمية دون حاجة الى أن ينص عليه بنص خاص في هذا المقام .

(٥٠) قرب في هذا المعنى استئناف بختلط ٦ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٢٨) ، واستئناف وطني القاهرة ١٦ أبريل ١٩٣٠ المحللة ١١٠ - ٤٠ - ٢٢ .

فيما بينها وان المشرع المصرى رغبة منه فى التوفيق بين القوانين الحديثة والفقہ الاسلامى فى هذا الشأن قد نص على احكام يناقض بعضها بعضا (٥١) .

وقد حاول هالتون أن يوفق بين احكام المادة ٣٣٦/٢٦٦ والمادة ٣٧١/٢٩٧ فذهب الى أن أولى هاتين المادتين تجعل الهلاك على المشتري حسب الأحوال ، أعنى فى الحالات المشار اليها فى العبارة الأخيرة من المادة الثانية وهى الحالات التى يكون فيها المشتري معذرا (٥٢) ، غير أن هذا التفسير لا يؤدى الى الغرض المقصود وهو التوفيق بين مختلف النصوص المشار اليها ، لأنه عندما يكون المشتري معذرا فانما يتحمل تبعه الهلاك نتيجة لاعذاره ووفقا للمبادئ المسماة ولحكم المادة ٣٧١/٢٩٧ ذاته ، وليس نتيجة لآثار البيع وطبقا للمادة ٣٣٦/٢٦٦ . هذا فوق أن هالتون قد أغفل فى محاولته المشار اليها نص المادة ٢٤١/٣٠٧ السالف ذكره .

أما فتحى زغلول باشا ، فهو بعد أن عرض جميع النصوص آنفة الذكر قد انتهى منها الى أن المشرع المصرى اعتمد كقاعدة عامة فى عقد البيع مبدأ الهلاك على المالك ، وان نص المادة ٣٧١/٢٩٧ يتعين قصر تطبيقه على الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٧/٢٤١ ، حالة المبيع المثلى الذى يتعين وزنه أو عدده أو كيله (٥٣) .

(٥١) حلمى عيسى باشا فى البيع ص ٢٨١ ، هالتون ج ٢ ص ٢٦ ، والتون ج ٢ ص ٢٦٠ و ص ٤٨٢ .
(٥٢) هالتون ج ٢ ص ٢٧ ، انظر ايضا حلمى عيسى فى البيع ص ٢٨١ ، والتون ج ٢ ص ٤٨٢ ، ويضيف هذا الاخير الى ذلك حالتين هما حالة قبول المشتري تحمل تبعه الهلاك والحالة التى يجب أن يتم فيها التسليم بمجرد إبرام العقد .
(٥٣) فتحى زغلول باشا ص ٢١٧ .

غير أن هذه النتيجة تصطدم بنص المادة ٣٧١/٢٩٧ ولا سيما أن هذا النص لا ينطبق على الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٠٧/٢٤١ التي يرى غالبية الشراح أنها تتعارض مع تلك النتيجة ، إذ أن الواضح أن المادة ٣٧١/٢٩٧ تربط انتقال تبعة هلاك الشيء بتسليمه في حين أن المادة ٣٠٧/٢٤١ يبدو أنها تربطه بمجرد انتقال الملكية الذي يتم بكليل المبيع أو بوزنه أو بعده ، أعنى من الوقت الذي يصبح فيه العقد تاما parfaite

وقد ذهب الأستاذ عبد السلام ذهني بك مذهباً آخر ، فهو بعد أن حلل جميع النصوص التي سبقت الإشارة إليها سواء منها المتعلقة بانتقال الملكية أو الخاصة بتبعية الهلاك ، انتهى الى أن المشرع المصري قد اعتمد في العقود الناقلة للملكية أو لأى حق عيني قاعدة الهلاك على المالك ، فيما عدا بيع الأشياء المعينة بالذات حيث رجع في شأن هذه الأخيرة الى قاعدة الهلاك على المدين . وقد أورد سيادته كتطبيقات لقاعدة الهلاك على المالك الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٠٧/٢٤١ وحالة الوديعة والرهن والعارية . غير أنه يلاحظ على هذا الرأي أن التطبيقات الثلاث الأخيرة التي استدل بها هي حالات عقود ملزمة لجانب واحد يتحمل فيها المالك تبعة الهلاك بصفته دائئنا بالشيء الذي هلك طبقاً للمبدأ الخاص بالعقود الملزمة لجانب واحد وهو أن الهلاك على الدائن . فالأحكام التي نص عليها في شأن هذه العقود لا يمكن اعتبارها تطبيقاً لقاعدة عامة تحكم العقود الملزمة للجانبين . يبقى بعد ذلك نص المادة ٣٠٧/٢٤١ . فإذا قارناه بنص المادة ٣٧١/٢٩٧ يبين أن الأول يتناول حالة خاصة ، في حين أن الثانى ورد في صيغة عامة تقطع بأنه هو الذى يتضمن القاعدة العامة ، وإن نص المادة ٣٠٧/٢٤١ لا يعدو أن يكون استثناء من تلك القاعدة .

أما حلمى عيسى باشا ، فقد خلس من دراسة النصوص المشار إليها الى أن المشرع المصري قد قرر قاعدة عامة تحكم تبعة الهلاك في عقود البيع وهى قاعدة الهلاك على المدين ، وأورد عليها ثلاثة استثناءات : (أولها) حالة ما إذا كان المشتري قد أعذر لتسلم المبيع بانذار رسمى

أو بما يقوم مقامه. (المادة ٣٦٦/٢٩٧) ، (والثاني) حالة ما اذا كان المشتري معذرا لتسلم المبيع بموجب العقد ذاته (المادة ٣٦٦/٢٩٧) ، (والثالث) حالة العروض المبيعة جزاءا (المادة ٣٠٦/٢٤٠) أو المبيعة بالوزن أو العد أو الكيل (المادة ٣٠٦/٢٤١) اذ تنتقل تبعة الهلاك في هذه الحالات الى المشتري بمجرد تمام عقد البيع.

ويرى حلمى عيسى باشا أن الاستثنائين الأولين يبررهما اذار المدين بتسلم المبيع . أما الاستثناء الثالث فغيرى المؤلف أنه نتيجة غلط غير مقصود وقع فيه المشرع المصرى حيث انه بعد أن أخذ بالمبدأ المقرر فى الفقه الاسلامى كتقاعدة عامة رجع عنه فى غير قصد الى المبدأ الذى اعتقد أنه المبدأ المقرر فى القانون الفرنسى .

وعندى أن هذا الحل الأخير لم يكن نتيجة غلط وقع فيه المشرع المصرى ، بل ان ما أخذ به مشرعا فى جميع النصوص التى عرضناها بشكل تنظيميا متناسقا لمسألة تبعة الهلاك لا يرد عليه أى وجه من وجوه النقد التى وجهت اليه . وسندى فى ذلك الاعتماد على العبارة الأخيرة من المادة ٣٧١/٢٩٧ وعلى نص المادة ٣٤٢/٢٧١ وبيان ذلك أن المادة ٣٧١/٢٩٧ تنص على أن تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري اذا كان هذا معذرا لتسلم المبيع سواء بانذار رسمى أو بما يقوم مقامه أو بموجب العقد ذاته . وواضح أن اذار المشتري بموجب العقد ذاته مفاده أن يكون فى العقد نص على أن المبيع تحت تصرفه منذ الوقت المحدد للتسليم أو منذ ابرام العقد اذا لم يكن ثمة أجل للتسليم فالمشتري يتحمل الهلاك منذ الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشئ المبيع اليه طالما أن البائع لم يقع منه ما يحول دون تسليم المشتري ذلك المبيع . وقد أمكن الوصول الى هذه النتيجة بفضل تعريف التسليم الذى عول عليه المشرع فى هذا الصدد والذى أورده فى المادة ٣٤٢/٢٧١ نقلا يكاد يكون حرفيا عن الفقه الاسلامى حيث نصت هذه المادة الأخيرة على أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من قبضه والانتفاع به

دون حائل • ولو لم يتسلم المشتري المبيع فعلا مادام قد علم أن المبيع تحت تصرفه (٥٦) • فالتسليم القانوني يختلف إذن عن التسليم المادى • أو بعبارة أخرى أن القانون يعترف بأنه يوجد بخلاف التسليم المادى تسليم قانوني يترتب عليه ذات الأثر • فإذا لم يتسلم المشتري فعلا الشيء المبيع ، فإنه يعتبر أنه قد تسلمه طالما لا يوجد أجل معلق عليه التسليم ولا عائق من جانب البائع يحول دون تسليمه • فإذا لم يكن ثمة فى العقد أجل محدد للتسليم ، فإن التسليم يكون مستحقا وقت إبرام العقد (المادة ٣٤٨/٢٧٧) وبالتالي فإنه إذا لم يكن ثمة أجل معين للتسليم ووضع الشيء تحت تصرف المشتري من وقت إبرام البيع ، فإن تبعه هلاكه تنتقل الى هذا الأخير منذ ذلك الوقت مع انتقال الملكية اليه ، اذ يعتبر المدين انه قد أوفى بالتزامه بالتسليم • أما إذا كان ثمت أجل معين للتسليم أو لم يوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، فيظل الهلاك على عاتق البائع طبقا لقاعدة أن الهلاك على المدين •

يبين من ذلك أن التقنينين المصريين لم يلتزما التزاما تاما لا بمبدأ الهلاك على المدين ولا بمبدأ الهلاك على المالك ، بمعنى أنها لم يجعلوا انتقال تبعه الهلاك مرتبطا لا بالتسليم المادى ولا بانتقال الملكية ، وإنما اتبعا حلا وسطا قسم الفترة ما بين انتقال الملكية وحصول التسليم المادى ، وجعل الهلاك الذى يقع فى أثناء جزء من هذه الفترة على عاتق الدائن ، والهالك الذى يقع فى الباقي من هذه الفترة على عاتق المدين ، وذلك باستخدام فكرة التسليم القانوني التي من شأنها أن توسع كثيرا فكرة التسليم الذى يرتبط به انتقال تبعه الهلاك •

وتفيد فكرة التسليم القانوني هذه فى التوفيق بين نصوص المادتين ٣٣٦/٢٦٦ و ٣٠٧/٢٤١ من جهة ونص المادة ٣٧١/٢٩٧ من جهة

(٥٦) تارن تعريف القانون الفرنسى الذى ينص على أن التسليم هو نقل الشيء المبيع الى سلطة المشتري وحيازته (المادة ١٦٠٤ مدنى فرنسى) •

أخرى (٥٧) • فنص المادة ٢٦٦/٣٣٦ اذ يجعل تبعة الهلاك على عاتق المشتري حسب الأحوال أعنى أن هذه التبعة تنتقل الى المشتري في الحالات التى لا يوجد فيها ما يحول دون تسلمه الشيء المبيع ، أما اذا وجد أجل معين للتسليم أو اذا لم يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري ، فان تبعة الهلاك تبقى على البائع ، والأمر كذلك فيما يتعلق بنص المادة ٢٤١/٣٠٧ الذى يقضى بأن تبعة الهلاك تنتقل الى المشتري فى الوقت الذى تنتقل اليه ملكية المبيع بكياله أو وزنه أو عده اذ أن هذا النص يفترض أن المبيع وضع تحت تصرف المشتري منذ ذلك الوقت (٥٨) • أما فى الحالة العكسية أعنى اذا حدد للتسليم أجل لاحق لحصول الكيل أو الوزن أو العد ، أو اذا كان البائع رغم عدم تعيين أجل للتسليم لم يضع الشيء تحت تصرف المشتري من وقت عده أو كياله أو وزنه ، فان اجراء هذه العملية الأخيرة ينقل الملكية الى المشتري ولكنه لا ينقل اليه تبعة الهلاك بالرغم من عموم عبارة المادة ٢٤١/٣٠٧ اذ أن تبعة الهلاك لا تنتقل فى هذه الحالة الى المشتري الا من وقت حلول الأجل المعين للتسليم وبشرط وضع المبيع تحت تصرف المشتري أعنى من وقت حصول التسليم المادى أو التسليم القانونى •

وبهذا التفسير يتم التوفيق بين نص المادة ٢٩٧/٣٧١ من جهة ، ونصوص المادتين ٢٦٦/٣٣٦ و ٢٤١/٣٠٧ من جهة أخرى ، وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ التى تفترض أن العروض الجيعة جزاها وضعت تحت تصرف المشتري بمجرد ابرام العقد (٥٩) •

ولأن هذه الفكرة الجديدة التى ابتدعها التقنيان المصريان فكرة

(٥٧) انظر تطبيقا للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٢٩٧/٣٧١ فى حكم ديباط ٢٤ نوفمبر ١٩٢٤ المحللة ٥ - ٢٥٩ - ٣/٢٢٣ .
(٥٨) انظر ما تقوم فى ص ٦٢٦ و ٦٢٤ عن نص المادة ١٥٨٥ مئى فرنسى ، وقرب بنى سوف ٢٨ مايو ١٩٢٣ المحللة ٣ - ٥١٨ - ٤٢٢ .
(٥٩) انظر فى المعنى العكسى استئناف القاهرة ١٦ ابريل ١٩٣٠ المحللة ١١ - ٤٠ - ٢٢ •

تسليم قانونى بخلاف التسليم المادى لم يلتفت اليها شراح القانون المصرى ، فقد بدت لهم النصوص متعارضة وحادوا فى تفسيرها وفى التوفيق بينها ، ولو انهم التفتوا اليها لما رموا تلك النصوص بالتعارض والتناقض : ولأمكنهم بواسطتها أن يوفقوا بين تلك النصوص .

٥ - النتيجة :

فى ختام هذه الدراسة المقارنة ، نستطيع أن نقرب بين الحل الذى أخذ به التقنيان المصرى والحل الذى نص عليه القانون الفرنسى .

فقد رأينا أن حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى لا يمكن رده لا الى قاعدة أن الهلاك على المالك وحدها ولا الى قاعدة أن الهلاك على المدين ولا الى قاعدة أن الهلاك على الدائن ، إذ أن تبعة الهلاك تنتقل الى الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم اليه الشيء ، فهى لا ترتبط لا بنقل الملكية — وهو يتم عادة من وقت إبرام العقد — ولا بحصول التسليم المادى وهو يمكن أن لا يحصل الا فى وقت لاحق ، وانما ترتبط بالوقت الذى يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم فيه التسليم فعلا ، بشرط ألا يكون عدم حصول التسليم راجعا الى خطأ المدين أو تأخره أو معارضته فى التسليم ، فتنتقل تبعة الهلاك الى الدائن من الوقت الذى يصبح فيه الشيء تحت تصرفه ، أعنى كما فى القانون المصرى بمجرد حصول التسليم القانونى (٦٠) .

وعلى ذلك فالقانون الفرنسى والقانون المصرى يتلاقيان فى شأن مسألة تبعة الهلاك رغم اختلافهما فى منطلق كل منهما ورغم الفارق فى

(٦٠) وإذا طرحنا فكرة التسليم القانونى ، يمكن القول بأن المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى تجعل الدائن معذرا لتسلم الشيء من الوقت الذى يجب فيه تسليمه اليه وطالما أن المدين لم يرفض أن يسلمه اليه ، أى أنه يقبل عبء اثبات الاعذار فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شيء ، فيكون نقل تبعة الهلاك الى الدائن نتيجة لامذاره .

الصياغة بين المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى والمادة ٣٧١/٢٠٧ مدنى مصرى .
وهذا ما يفسر أنهما بالرغم من الفارق الظاهر فى صياغتهما يصلان الى
الحل ذاته سواء فى حالة بيع العروض جزائفا (المادة ٢٤٠/٣٠٦/١٥٨٦)
أو فى حالة بيعها بالوزن أو العد أو الكيل (المادة ٢٤١/٣٠٧/١٥٨٥) ،
أو فى حالة البيع تحت شرط واقف أو البيع المقترن بشرط فاسخ (المادة
٢٦٩/٣٣٩/١١٨٢) .

في فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية

على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة

(ترجمة مقال نشر بالفرنسية في مجلة)

Egypte Judiciaire L' منذ خمسين عاما في عددها

رقم ١٨٧ الصادر بتاريخ ٤ أبريل ١٩٣٧)

لم يمد أحد ينازع اليوم في المكانة التي يجب أن يحتلها فقه الشريعة الاسلامية في علم القانون المقارن ، لقد اعترف منذ زمن طويل بهذه المكانة لفقه الشريعة الاسلامية الكثير من مشاهير علماء القانون أمثال لامبير وديلفكيو ووجومور ، وقد توج اعترافهم بذلك قرار أصدره المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي سنة ١٩٣٣ حيث نص على أن يخصص في المؤتمر الدولي الثاني للقانون المقارن الذي سينعقد هذا العام (عام ١٩٣٧) مركز خاص لدراسة فقه الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون المقارن .

وقد ذكرنا الأستاذ العلامة اداو لمبير منذ بضعة أيام قليلة في احدى محاضراته العامة التي ألقاها في كلية حقوق جامعة القاهرة بهذا القرار الذي أصدره المؤتمر المذكور في عبارة مفعمة بالحماس الشديد .

غير أنه لأن كثيرا من الفقهاء حتى من بين أعضاء المؤتمر الدولي المشار اليه اعتقدوا أن دراسة الفقه الاسلامي تقتصر فائدتها على الناحية التاريخية ، فقد دعا ذلك الأستاذ الدكتور وديع فرج الى ابراز الدور الحقيقي الموضوعي الذي قصد وفد مصر في المؤتمر اعطاءه الى دراسة الفقه الاسلامي . فقد قال سياحته :

« نحن نرمي بصفة خاصة الى أن نثبت حقيقة هامة وعادلة وهي أننا لا ينبغي أن نعامل باعتبارنا منتفعين فحسب من علم القانون المقارن ،

بل أيضا باعتبارنا شركاء مساهمين في تكوينه • صحيح اننا انتفعنا كثيرا من علم القانون المقارن في سن تقنيناتنا الحديثة ، ولانزال نرجع اليه كثير لنقتبس منه ما يفيدنا في تطور تشريعاتنا وقضائنا ، ولكن في وسعنا أيضا أن نسهم في تكوين وتطوير علم القانون المقارن بالرجوع الى النظم التقليدية المشتركة للشعوب الاسلامية ، ونعني بذلك أننا نطمح اني أن نحصل من هذا المؤتمر على اعتراف بأن دراسة الفقه الاسلامي لا تقتصر فائدتها على الناحية التاريخية بل تعتبر عنصرا طبيعيا وعاملا أساسيا في تكوين وتطوير الفقه المقارن المعاصر » •

ولم يقف الوفد المصري في المؤتمر عند حد الادلاء بتأكيدات في هذا الشأن ، بل انبرى الأستاذ الدكتور عبد المنعم رياض لتعزيز تأكيدات زميله ببعض الأمثلة من نظريات الفقه الاسلامي تتبدى فيها سوابق أكيدة لبعض الأفكار القانونية الحديثة التي مازالت تظهر في دور البراعم غير الواضحة في التطور الذي وصل اليه علم القانون المقارن حتى الآن ، وذكر من بين هذه النظريات نظرية الضرورة • مما دعا الأستاذ ادوار لمبير الذي كان يرأس اذ ذلك القسم العام للمؤتمر الى أن يقرر ان تلك النظرية الاسلامية نظرية الضرورة نظرية خصبة جدا • فهي تبذو أوضح تعبير لفكرة عامة تمتد جذورها الى أعماق نظرية الظروف المتغيرة المسلمة في القانون الدولي العام تأسيسا على شرط بقاء الحال على ما هي عليه *rebus sic stantibus* والى نظرية الظروف الطارئة *théorie de l'imprévision* التي ابتدعها القضاء الإداري — الفرنسي والى محاولات القضاء الانجليزي تليين فكرة استحالة تنفيذ الالتزامات متأثرا في ذلك بضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت من الحرب العالمية والى أحكام القضاء الدستوري الأمريكي حول الضرورة والخطر والاستعجال *emergency* •

وذكر الأستاذ السنهوري أيضا في هذا الشأن نظرية الفقه الاسلامي في التعسف في استعمال الحقوق التي كان قد أبرزها حوالى سنة ١٩١٣ المرحوم الدكتور محمود فتحي في رسالته للدكتوراه ، حيث

بين هذا الأخير فيها أن هذه النظرية قد وصلت عند اكتمال تطويرها الى تعيين أربع صور محددة للتعسف في استعمال الحقوق ، في الوقت الذي كان فيه الفقه الغربي لم يكشف بعد الا عن أولى هذه الصور — وهي الصورة الاندر حصولا في العمل — صورة استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير • وأخيرا منذ عام واحد فقط جسم زميلنا الدكتور السعيد مصطفى تفوق النظرية الاسلامية في اساءة استعمال الحقوق على غيرها في رسالة خصصها لبيان تطبيقات هذه النظرية في مجال استعمال الحقوق الزوجية •

وفي مجال المسؤولية المدنية ، كان لسعادة المستشار المحرم عبد الحميد بدوي باشا في سنة ١٩١٣ فضل ابراز تفوق فكرة الشريعة الاسلامية الخاصة بهذه المسؤولية ، فقد نشر بحثا قيما في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٥٥٤ وما بعدها تناول فيه الخطأ الوضعي *la faute objective* كأساس للمسؤولية المدنية أشار فيه الى محاولات الفقه الحديثة « لتوضيح » *pour objectiver* فكرة الخطأ وأوضح أن ثقباء الشريعة الاسلامية كانوا قد حققوا ذلك منذ قرون طويلة ، حيث أقروا مسؤولية القاصر وعديم التمييز مسؤولية مدنية من قبل أن تأخذ بها الشرائع الحديثة بزمن طويل •

وفي العام التالي قدم سعادة المستشار بدوي باشا دليلا آخر على تفوق بعض نظم الشريعة الاسلامية ، في مجال تنظيم انتقال تركة المورث الى ورثته ، فقد عقد بحثا حول قاعدة الشريعة الاسلامية « لا تركة الا بعد سداد الديون » (في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٤ ص ١٥ الى ص ٥١) قارن فيه بين كيفية انتقال تركة المورث الى ورثته في القانون الروماني والقوانين الغربية من جهة وبين كيفية انتقالها في الشريعة الاسلامية ، انتهى منه الى أن نهاية المطاف في تطور القانون الروماني في هذا الشأن كانت اعتبار شخصية الوارث مكملة لشخصية المورث وبالتالي الترام الأول بسداد جميع ديون الأخير •

وقد انتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى الى القانون الحديث .
غير أنه لوحظ أنه منذ أواخر القانون الرومانى عمد الفقهاء الى ابتداع وسائل يخففون بها من مساوىء اعتبار الوارث مكملاً شخصية المورث ، كتحويل الوارث حق رفض تركه مورثه ، وتخويله حق قبولها بعد جرد محتوياتها في ظرف أربعين يوماً وتخويل دائنى الوارث حق طلب فصل ذمتى الوارث والمورث في حالة زيادة ديون الوارث على أمواله ، ولكن هذه الوسائل كانت تغلف بإجراءات شكلية كثيرة التعقيد ويقيد استعمالها بآجال كثيرة ومواعيد سقوط ، حتى اضطر فقهاء القوانين الغربية التى استمدت جذورها من القانون الرومانى الى السعى حثيثاً لدرء مساوىء قاعدة اعتبار الوارث مكملاً شخصية المورث . وانتهى سعادته من بحثه الى أن هذه القاعدة العتيقة الرومانية لكثرة ما أدخل عليها من تعديلات لمعالجة بعض مساوئها تكاد أن تكون فقست كيانها ، واقتربت كثيراً من القاعدة التى تقابلها في القانون الجرمانى وهى أقرب ما تكون الى قاعدة الشريعة الاسلامية .

فمنذ فجر الفقه الاسلامى وجد فيه مبدأ شخصية الالتزامات وبالتالي عدم قابلية الالتزامات للانتقال بوفاة المدين ، غير أن الفقهاء الأول حددوا من مساوىء هذا المبدأ فيما يتعلق بديون المورث ، بأن افترضوا استمرار حياة المتوفى بعد وفاته طوال المدة اللازمة لسداد ديونه حتى لا تضيق هذه الديون على أصحابها وحتى لا يلزم بها ورثة المدين المتوفى ، وفي هذه الفترة تخصص أموال المتوفى لسداد ديونه ، ثم يؤول الباقي الى ورثته ، وهكذا وصل الفقه الاسلامى دفعة واحدة بتقريره قاعدة لا تركه الا بعد سداد الديون الى تحقيق ما وصل اليه القانون الرومانى والقوانين الغربية المستمدة منه بعد التجائها الى وسائل كثيرة خلال مراحل تطورها العديدة (١) .

(١) انظر في امضلية مبدأ الشريعة الاسلامية القاضي بأن لا تركه الا بعد سداد الديون على المبدأ الرومانى الذى انتقل الى القوانين اللاتينية مقررًا ان الوارث يكمل شخصية المورث فيأخذ جميع أمواله ويلتزم بكافة ديونه وما اقتضاه هذا المبدأ من ادخال تعديلات كثيرة عليه لدرء عيوبه أو للاقلال منها

وهناك مثل آخر على تفوق بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها في النظم الغربية أتيج الى كشفه عند دراسة نظرية تحمل تبعة الهلاك في القانونين المصرى والفرنسى (في بحث باللغة الفرنسية نشر حديثا في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ العدد السابع ص ٣٢٢ وما بعدها من القسم الأفرنجى منشور في ص ٦٠٣ من هذه المجموعة) فقد بدأت بحثى من نصوص القانون الفرنسى التى خرجت فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شيء obligation de donner على القاعدة العامة التى اعتمدها بالنسبة للالتزامات كافة وهى أن الهلاك يقع على عاتق المدين حتى التسليم res perit debitori حيث قرر في شأن تلك الالتزامات حكما يبدو أن مؤداه جعل تبعة الهلاك على المالك res perit domino ، مع التحفظ في أن تبعة الهلاك لا تنتقل الى المالك الا من الوقت الذى كان فيه يجب تسليمه الشيء محل الالتزام (المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى) . أما الفقه الاسلامى ، فقد طبق على هذا النوع الأخير من الالتزام القاعدة العامة التى تقضى بجعل الهلاك على المدين حتى التسليم . ولكنه وصل الى نفس النتيجة التى انتهت اليها القانون الفرنسى بخروجه على تلك القاعدة العامة بأن ابتدع فكرة التسليم القانونى وقد سماه (التخليه) المتميز عن التسليم المادى للشيء ، وبذلك أمكنه أن يبقى على تعميم قاعدة الهلاك على المدين حتى التسليم سواء كان تسليما ماديا أو تسليما قانونيا . وهذا ما كان يقرره أيضا القانون الجرمانى ونص عليه كل من التقنينين المدنى الألمانى (فى المادة ٤٤٦) .

مؤلفنا في أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ ص ٢٩٨ الى ص ٤٠٠ ، وانظر كذلك في المرجع والموضع السابقين تفوق الشريعة الاسلامية في الاخذ بحالة الدين cession de dette التى لم تعرفها القوانين اللاتينية حيث اقتضت على تنظيم حالة الحق cession de créance . يضاف الى ذلك تفوق الشريعة الاسلامية في الاعتراف باهلية الاداء الكاملة للمرأة سواء كانت متزوجة او غير متزوجة في حين ان القانون الفرنسى كان يعتبر المرأة المتزوجة حتى صدور قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٢٨ ناقصة الاهلية لا يصح تعاقدها الا بموافقة زوجها . انظر أيضا القانون الفرنسى رقم ٦٥ - ٥٧ الصادر في ١٢ يولييه ١٩٦٥ بتعديل المادة ٢١٦ مدنى فرنسى .

والتقنين البرازيلي (في المادتين ١١٢٦ و ١١٢٧) والتقنينين المصريين
للغين (المادة ٣٩٧/٣٧١) والتقنين المدنى الحالى (في المادة ٤٣٧) .

هذه الأمثلة وكثير غيرها (٢) تعزز التأكيدات التى أشرنا الى
ابدائها من قبل الأستاذ الدكتور وديع فرج الذى لم يكن فيها الا معبرا
عن رأى عام للمدرسة الحديثة فى القانون المصرى . وقد عبر أيضا عن
ذلك أخيرا الأستاذ العميد الدكتور السنورى حين تحدث فى محاضرة عامة
ألقاها فى الجامعة الأمريكية عن « واجبنا التشريعى بعد المعاهدة » حيث
قال :

« انه من المهم ألا نقع فى الأخطاء ذاتها التى وقعنا فيها فى القرن
الماضى باغفال الفقه الاسلامى من بين المصادر التى اقتبسنا منها
تشريعنا ، اذ أن الفقه الاسلامى مصدر متميز يصلح لاختصاص أى
تشريع لبلد عربى شرقى » ، (وقد أورد محرر جريدة المحاكم المختلطة
هذه العبارات فى مقاله الذى سنشير اليه فيما بعد ، وأسقط العبارات
التالية لها مباشرة ، ثم عاود ايراد عبارات الأستاذ السنهورى الأخيرة)
« وأخذنا من هذا المصدر الخصب لا يتعارض البتة مع العلاقات الوثيقة
التي تربطنا بشرائع الغرب ، بل انه من الميسور جدا التأليف والتنسيق
بين مبادئ هذه الشرائع ومبادئ الفقه الاسلامى . ولا يصح
الاعتراض علينا بأننا فى الوقت الذى نسمى فيه الى الغاء الامتيازات
الأجنبية نفكر فى سن تقنين جديد يكون ساريا على الأجانب نضمنه
مبادئ تجافى المبادئ الحديثة للقانون العالمى المشترك ، اذ الأمر
بالعكس ففى الفقه الاسلامى مبادئ لو أدخلت فى القانون المصرى
لأكسبته تقدما وتفوقا على بعض شرائع الغرب » (وقد أسقط محرر
جريدة المحاكم المختلطة فى مقاله الذى سنشير اليه العبارات المتقدمة من
خطاب الأستاذ السنهورى) .

(٢) انظر من هذا القبيل الأمثلة العديدة الأخرى التى أوردتها الاستاذ
الدكتور السنهورى فى بحثه القيم « فى ضرورة تنقيح التقنين المدنى المصرى »
المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد المنة السادسة سنة ١٩٣٦ ص ١ الى
ص ١٤٤ .

« فلنرجع اذن في دراستنا القانونية الى دراسة الفقه الاسلامي لنجعل منه الرابطة التي تربط بيننا وبين سائر الشعوب العربية » فنحن أمة شرقية لنا تاريخ مجيد في ريادة شعوب الشرق ، فيجدد بنا أن نصل حاضرنا بماضيها وأن نوثق عرى التعاون بيننا وبين أقرب جيراننا وهم أشقاؤنا في اللغة وفي العرق » .

غير أن فكرة العميد السنهوري هذه قد أسئء فهمها في حينها من البعض ، بل حرقت من البعض الآخر عن معناها ومرماها ، فقد نشر محرر جريدة المحاكم المختلطة أخيرا في العدد رقم ٢١٩١ مقالا ذهب فيه الى أننا مع ما يذهب اليه العميد السنهوري نبتعد عن قانون العالم الحديث *du droit des gens moderne* الذي تشير اليه المعاهدة الانجليزية المصرية ، ومع ذلك أقر المحرر نفسه في المقال ذاته أن دعوة الأستاذ السنهوري هذه ليس فيها ما يقلق لو أنها جردت من التفسير الذي خلعت عليه أخيرا مظاهرات طلبة جامعة الأزهر .

ونرى أن محرر هذا المقال كان يستطيع أن يعفى نفسه من البحث عن معنى دعوة الأستاذ السنهوري ومرماها في تصرفات بعض أعداد من الطلبة الذين لا تربطهم بالأستاذ السنهوري أى صلة في حين أن المعنى والمرمى المذكورين ماثلان في العبارات التي أغفل المحرر نشرها من بين فقرات خطاب الأستاذ السنهوري ، فان تلك العبارات التي أسقطها المحرر من ذلك الخطاب توضح أن دعوة الأستاذ السنهوري ترمى الى التنسيق بين مبادئ القانون الحديث وخير ما تتضمنه مبادئ الفقه الاسلامي .

وحتى بقطع النظر عن عبارات الأستاذ السنهوري التي أسقطها محرر المقال المشار اليه ، فان مجرد التفكير البسيط ينبئ عن أنه يستحيل التسليم بتفسير دعوة الأستاذ السنهوري بمسلك بعض طلاب الأزهر في مظاهرتهم ، لأن هذه الدعوة لم تكن مرتجلة تحت تأثير شعور وطني شحذته المعاهدة ، كما قد يحلو للبعض أن يصوروه ، بل كانت

وليدة بحث وتأمل طويلين أعقبا دراسات وبحوثا عديدة في القانون المقارن، وقد عبر عنها سيادته مرارا قبل ذلك في كتاباته السابقة (ومن أهمها رسالته في الخلافة وتطورها نحو عصبة أمم شرقية جامعة باريس سنة ١٩٢٦ وبحثه آنف الذكر في ضرورة تنقيح التقنين المدني المصري) ، فإذا أردنا الوصول الى المعنى الحقيقي للدعوة التي حاول الأستاذ السنهوري أن يبسطها أمام جمهور مستمعيه في الجامعة الأمريكية ، تعين فهمها في ضوء كتاباته السابقة ، فيتين حينئذ في جلاء أن هذه الدعوة ليس فيها ما يثير أى قلق ، بل هي بالعكس من ذلك تتفق مع أحدث مبادئ القانون الحديث وعلم القانون المقارن ، إذ أن من المتفق عليه في هذا العلم أنه لا يكفي لمن تشريع جيد استلهامه من نماذج أجنبية تستورد من الخارج بل يلزم في ذلك مراعاة ظروف المجتمع المحلية وتقاليده وعاداته وحاجاته . وبما أن لدينا في مجتمعنا قرائنا قيما من النظريات القانونية ، يضارع بل يفوق أحيانا ما يوجد من نظريات في أحدث الشرائع ، فانه من غير المقبول عقلا أن ننصرف عن هذا التراث لنلجأ الى نقل أو تقليد أنظمة قانونية نشأت في مجتمعات أخرى تختلف عن مجتمعنا .

هذه الاعتبارات هي التي حدث الأستاذ السنهوري — بقطع النظر عن أى اتجاه ديني ، الى هذه الدعوة التي تنسم في آن واحد بطابع علمي وبطابع وطني ، ونعتقد أن المدرسة المصرية للقانون الحديث تشاركه في هذه الدعوة .

ولنسمعه يردد في المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن المنعقد سنة ١٩٣٣ في لاهاي بعض عباراته التي كان قد أوردها في رسالته القيمة في الخلافة وتطورها نحو عصبة أمم شرقية (جامعة باريس سنة ١٩٢٦) .

« المقصود أن نعيد الى الفقه الاسلامي — من طريق الدراسة التاريخية والمقارنة الجادة — قابليته للتوافق مع ظروف نظام المجتمع الحالي ، ويكون المنطق في هذه الدراسات الفصل بين الجانب الديني

والجانب الزمنى للفقہ الاسلامى ، فالجانب الدينى يخرج من نطاق دراستنا هذه ، ويجب أن يبقى من اختصاص علماء الدين الاسلامى وحدهم ، وفى دراستنا للفقہ الاسلامى يجب أن نعنى بهذا الفقہ قابلاً للتطبيق على غير المسلمين كما على المسلمين أنفسهم • ولبلوغ هذه الغاية يجب أيضاً أن نميز فى الجانب الزمنى ذاته من قواعد الفقہ الاسلامى بين القواعد التى تصطبغ بصبغة دينية والقواعد التى تعتبر قواعد قانونية بحتة • فالأولى تقتصر على قوتها الأدبية فحسب وتحكم خلجات الضمير ، أما الثانية فهى وحدها التى يتكون منها النظام القانونى بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، الواجب التطبيق على جميع المواطنين مسلمين كانوا أو غير مسلمين •

« وفى الحق غانى أقصد بالاسلام ليس مجموعة من العقائد الدينية بل نوعاً من الحضارة قائماً على أساس نظام قانونى ، غالى يهمنى فى أبحاثى العلمية الاسلام كحضارة وليس الاسلام كمعقيدة ، وفى اعتقادى أننا جميعاً مسلمين وغير مسلمين نلتقى فى هذا المجال العلمى البحت ونتفق على ضرورة تطوير هذا الفقہ الاسلامى العتيق الذى بنته عقليات قانونية جبارة لا يمكن أن تقارن بها الا عقليات أعظم فقهاء القانون الرومانى » •

ثم يعود الأستاذ السنهاورى الى الفكرة ذاتها فى سنة ١٩٣٥ فى بحثه القيم فى ضرورة تنقيح التقنين المدنى المصرى حيث يعرض للمصادر المختلفة التى يتعين على لجنة تنقيح ذلك التقنين الرجوع اليها لتستمد منها النصوص التى تضعها فيذكر : (١) أحكام القضاء المصرى خلال الخمسين عاماً الماضية ، (٢) أحدث التقنيات الأجنبية فى خير ما حوته من نصوص ، (٣) الشريعة الاسلامية التى كانت هى الشريعة العامة الى حين اصدار تقنيناتنا الحالية والتى ظلت معمولاً بها فى بعض المجالات •

وفى محاضراته التى ألقاها فى الجامعة الأمريكية نراه يؤكد مرة

أخرى على ضرورة استوجاء الشرائع الحديثة فيقول يجب أن لا ننقضي أثر شريعة بذاتها بل نتخير من مختلف الشرائع سواء ذات الأصل اللاتيني أو الأصل الجرمانى أو غيرها ما يتفق مع تقاليدنا القانونية ويوائم مزاج أمتنا ويلبى حاجاتها المختلفة .

ويلاحظ أن الأستاذ السنهورى لم يكتف بتوجيه تلك الدعوة بل انتهر أول فرصة عرضت له ليطبّقها عندما دعى الى بغداد في العام الماضى فترة قصيرة لينظم كلية الحقوق بها ، ولضع في الوقت ذاته مشروع تقنين مدنى عراقى ، فبدأ بمشروع تمهيدى للفصل الخاص بعقد البيع استمده من مقارنة الشرائع الحديثة ، ثم وضع له مشروعا تمهيديا آخر مستمدا من مقارنة المذاهب المختلفة للفقه الاسلامى ، ثم قرب بين هذين المشروعين التمهيديين وأدمجهما في مشروع ، جاء خير شاهد لصالح الفقه الاسلامى (أنظر هذه المشروعات المختلفة في مجلة القضاء ، بغداد السنة الثانية العددان الثالث والرابع) .

وجدير بالتنويه أن الأستاذ السنهورى قد جعل بحثه في كل ما كتب في هذا الشأن مقصورا على ناحية القانون المدنى وضرورة تنقيحه وكيفية اجراء هذا التنقيح ، وقد أوضح ذلك صراحة وقرره مرارا بما لا يدع مجالا لأى شك في حقيقة نيته ، فيكون من الخطأ الفاحش في فهم آرائه ودعوته نقلها أو مدها الى مجال آخر من مجالات القانون .

وكذلك فعلنا اذ قصرنا بحثنا على مجال القانون المدنى وحده لنبين في هذا المجال فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها في الشرائع الحديثة ، وقد خلصنا من ذلك عند بدء مرحلة الاعداد لتنقيح القانون المدنى الى أن الطريقة المثلى لاجراء هذا التنقيح هي التى تؤلف بين خير ما يوجد في تراثنا القانونى الوطنى بما فيه الفقه الاسلامى وخير ما يمكن أن تزودنا به دراسات القانون المقارن .

التقنين المدني المصري الموحد

(مصادره وخصائصه ودوره في المستقبل)

ترجمة تقرير مقدم من الدكتور سليمان مرقس
بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور وديع شرج
الى النخوة الدولية للعلوم الاجتماعية
المنعقدة في أثينا في أكتوبر سنة ١٩٥٢ (*)

صدر في مصر للعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تقنين مدني موحد حل محل التقنينين القديمين اللذين كان قد صدر أولهما في سنة ١٨٧٥ للعمل به في المحاكم المختلطة التي ألغيت اعتبارا من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بناء على اتفاقية مونترو التي أبرمت في مصر في سنة ١٩٣٧ مع الدول صاحبة الامتيازات واتفق فيها على الغاء تلك المحاكم بعد فترة انتقالية انتهت في ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ وكان ثانيهما قد صدر في سنة ١٨٨٣ للعمل به في المحاكم الوطنية .

ونرى قبل أن نتحدث عن هذا التقنين الجديد أن نذكر في ايجاز الظروف التي وضع فيها التقنينان القديمان اللذان ألغاهما التقنين الجديد وحل محلهما . وان تبين سماتهما الغالبة وتطور الأفكار والظروف منذ صدورهما تطورا جعل تنقيحهما وتوحيدهما أمرا ضروريا .

كانت الشريعة الاسلامية حتى عام ١٨٧٥ هي الشريعة العامة في

(*) منشور باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية والعشرون (سنة ١٩٥٢) ص ٢٥٠ وما بعدها من القسم الانرجي .

مصر ، ولكنها لم تكن تطبق على جميع سكان مصر ، لأن الأجانب المقيمين بمصر من رعايا الدول صاحبة الامتيازات *Puissances Capitulaires* كانوا يتمتعون فيها بمميزات هامة ، من أهمها أنهم كانوا لا يخضعون للقانون المصري ، بل تطبق عليهم حتى في معاملاتهم مع المصريين قوانين بلادهم ، سواء فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية أو بمعاملاتهم . وكان لهذا الوضع مضار وعيوب كثيرة بالنسبة الى مصر والمصريين . فاتفقت مصر مع الدول صاحبة الامتيازات على انتهاء هذا الوضع بإنشاء محاكم الإصلاح *Tribunaux la Réforme* التي سميت بممد ذلك بالمحاكم المختلطة وعقد لها الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ في المعاملات بين رعايا الدول صاحبة الامتيازات المشار اليها فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المصريين ، واتفق على أن محاكم الإصلاح تطبق على تلك المنازعات قوانين موحدة تستمد من القوانين الفرنسية . وبناء على ذلك تم وضع التقنين المدني المختلط الذي صدر وعمل به في تلك المحاكم ابتداء من سنة ١٨٧٥ .

وقد تميز هذا التقنين بحكم الظروف التي وضع فيها والمصالح التي رعى به واضعوه الى تحقيقها بالخصائص الآتية :

١ — اقتصر التقنين المختلط على تنظيم المعاملات وخلا من تنظيم للأحوال الشخصية لأنه أعد لتطبيقه على أجانب من جنسيات مختلفة ظل كل منهم خاضعا لقانون بلده فيما يتعلق بأحواله الشخصية .

٢ — جاء على نسق التقنين الفرنسي الذي نقل عنه منبثقا من المذاهب الفردية ومتمضمنا في الغالب معايير ذاتية .

٣ — لأنه استعاض به عن المسايا الكثيرة التي كان يتمتع بها الأجانب التابعون للدول صاحبة الامتيازات في مصر من ناحية التشريع ، توخى فيه واضعوه بصفة خاصة رعاية مصالح هؤلاء الأجانب ، ولأن الأجانب كانوا في الغالب دائنين جاؤا الى مصر ليستثمروا فيها أموالهم

أو يزاووا غيها نشاطاتهم المختلفة ، سادت التقنين المختلط بصفة عامة
نزعة رعاية مصالح الدائنين دون اهتمام بمصالح المدينين .

٤ — ولأنه وضع لتطبيقه في بلد كانت الشريعة الإسلامية هي
شريعة البلد العامة تعين على واضعيه بالضرورة أن يستمدوا من هذه
الشريعة بعض قواعدها ونظمها الأكثر انتشارا في البلد كتنظيم البيع
الحاصل في مرض الموت وبيع الأشياء المستقبل وقاعدة أن لا تركة الا
بعد سداد الدين ونظام الشفعة ... الخ .

ولما صحت عزيمة الحكومة المصرية على اصدار تقنين مدنى يطبق
على مواطنيها في علاقاتهم فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الأجانب من
رعايا الدول غير الدول صاحبة الامتيازات أو بين بعض هؤلاء وبعضهم .
رأت أن تنقل هذا التقنين عن التقنين المختلط سالف الذكر فيما عدا بعض
تعديلات قليلة طفيفة ، فجاء التقنين الوطنى متسما بنفس خصائص
التقنين المختلط فيما عدا رعايته الزائدة لحقوق الدائنين ، وجاء مثله
مقصورا على تنظيم المعاملات دون الأحوال الشخصية ولكن لسبب آخر
غير السبب الذى دعا الى قصر التقنين المختلط على المعاملات هو الأهمية
الكبرى السائدة في البلاد للعقائد الدينية فيما يتعلق بمسائل الأحوال
الشخصية وتعدد ديانات المصريين وطوائفهم الدينية تعددا كان عقبة
في سبيل توحيد تنظيم أحوالهم الشخصية .

وظل هذان التقنيتان المختلط والوطنى معمولاً بهما في مصر نحو
سبعين عاما ، طرأت في خلالها على مصر تحولات هامة كثيرة سياسية
واقتصادية واجتماعية كان لا مندوحة من أن تكون لها انعكاساتها على
التشريع المصرى .

والهبت ثورة سنة ١٩١٩ الشعور الوطنى ، فكانت منطلقا للكثير
من التحولات الهامة التى أشرنا اليها .

غفى مجال السياسة أدت هذه الحركة الى اعلان استقلال مصر
والى الغاء نظام الامتيازات الأجنبية بقيوده التى كان يفرضها على
سلطان المشرع المصرى بالنسبة الى الأجانب والى الغاء المحاكم
المختلطة ، وأصبح كل ذلك يفرض ضرورة مراجعة التشريع المصرى
بهدف توحيدة •

وفى مجال الاقتصاد حيث كانت مصر تعتبر حتى قيام هذه الحركة
بلدا زراعيا بحتا ، انبثقت بعض الصناعات وأخذت تنمو ، فشاغ فيهما
استعمال الآلات الميكانيكية ووسائل النقل الحديثة مما أدى الى تعاظم
أهمية الثروة المنقولة والتجارة ، فبدأ التقنيان القديمان غير كافيين
لمواجهة العلاقات الجديدة التى نمت عقب ازدهار التجارة والصناعة ،
وظهر أن المعايير الذاتية التى تضمنها التقنيان المذكوران لا توائم حاجة
المعاملات الى الاستقرار والأمان ، كما أن الرعاية الزائدة لحقوق الدائنين
التي سادت التقنيين المذكورين لم تعد تساعد على ازدهار التجارة ونمو
الاقتصاد فوق أنها كانت كثيرا ما تؤدي الى التعسف فى استعمال الحق
بما يمس الثمر بالعدالة •

وفى مجال الاجتماع ، تضاعف عدد سكان مصر فى خلال النصف
الأول من القرن العشرين ، فى حين لم تزد مساحة الأرض المستعملة فى
الزراعة أية زيادة محسوسة ، هذا فوق سوء توزيع هذه المساحة بين
السكان حيث كانت قلة محدودة تملك القدر الأكبر من الأراضى ، مما
كان يؤدي الى كثير من العسف • ومن جهة أخرى فإن نمو التجارة
والصناعة وانتشار التعليم قد ساعدت على توعية طبقة العمال بحقوقهم :
فاحتجوا على تعسف كبار الملاك وأرباب العمل وأخذوا يطالبون بحقوقهم
التي كانت مهضومة كالحق فى أجر عادل والحق فى معاش أو فى مكافأة
نهاية الخدمة والحق فى اجازات دورية وفى العلاج الطبى وفى التعويض
عن حوادث العمل وفى تحديد ساعات العمل والحق فى تكوين نقابات وحق
تنظيم عقد العمل الفردى وعقد العمل الجماعى الخ . ومن ثم نشأ تيار

اشترأكى لا يتواءم مع المآذهب الفردية التى قام على أساسها التقنيين
المدينان اللذان كان معمولاً بهما •

كل هذه التحويلات جعلت التوافق يضعف بين نصوص التقنيين
المذكورين والوقائع التى تحكمها • وقد بذلت أحكام القضاء بمعاونة
آراء الفقهاء قمارى جهدها لتعويض ذلك وملافاة نتائج تارة من طريق
التوسع فى تفسير النصوص ، وتارة أخرى بالالتجاء الى مبادئ القانون
الطبيعى وقواعد العدالة ، من ذلك بوجه خاص ما استنبطته من نظم
ونظريات كنظرية التعسف فى استعمال الحق والاشتراط لمصلحة الغير
ونظام التأمين وحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية بل حاولت بعض
الأحكام الأخذ بنظريات لم تكن النصوص التى بين يديها تؤدى اليها
كنظرية المسئولية المادية ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال
أو التسلط ، لذلك كان لا منووحة من تدخل المشرع ، بل من مراجعة
التقنيين المذكورين مراجعة شاملة •

وبعد عدة محاولات أسندت تلك المراجعة الى فقيها الكبير الأستاذ
الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاورى العميد السابق لكلية الحقوق
والقاضى السابق بالمحاكم المختلطة ورئيس مجلس الدولة • وكان لابد
للتقنين الجديد الذى أدت اليه هذه المراجعة أن يراعى التحويلات الكثيرة
التي تقدمت الاشارة اليها والتيارات الفكرية التى ظهرت فى البلاد وأن
يجعل النصوص أكثر مواءمة للوقائع وأن يضع معايير مرنة تسمح للقانون
أن يتواءم فى يسر مع تطورات الظروف فى المستقبل لأطول مدة ممكنة
دون حاجة الى تدخل من المشرع أو الى مراجعة جديدة •

وغيا يلى سنين فى إيجاز أهم المصادر الذى استمد منها واضعو
التقنين الجديد أحكامهم وأهم الخصائص المميزة له ثم نرسم الدور
المباشر الذى ينتظر أن يلعبه التقنين الجديد كأداة لتوحيد أو تقريب
شرائع الشرق الأدنى ونبين أهميته الخاصة بالنسبة لدراسات القانون
المقارن •

(أولا) أهم المصادر التي استمد منها التقنين الجديد :

لم يخطر ببال واضعى التقنين الجديد قط أن يغفلوا القانون السابق أو ينصرفوا عنه بأي حال ، بل بالعكس من ذلك أرادوا أن يجعلوا من القانون الجديد استمرارا للقانون السابق وللحق والقضاء اللذين قاما على أساسه ، مع الاستفادة في مراجعته من تراثنا القيم المتمثل في الشريعة الإسلامية ومن بحوث ودراسات أنقانون المقارن . ومن ثم اتخذوا لمراجعة التقنين مصادر ثلاثة بالاضافة الى نصوص التقنين السابقين هي أحكام القضاء المصرى وفقه الشريعة الإسلامية ودراسات القانون المقارن .

فكانوا بوجه عام يستقون القاعدة الموضوعية من أحكام القضاء أو من الشريعة الإسلامية ثم يبحثون من طريق مقارنة الشرائع عن النصيغة الأكثر مواءمة للتعبير عن تلك القاعدة .

فأحكام القضاء أتاحت لواضعى التقنين الجديد تنظيما كاملا لبعض الأنظمة كالشيوع والحراسة وحقوق الارتفاق والتزامات الجوار ، ودلتهم على الطريق الذى يمكن سلوكه لتنظيم مسائل خلا من تنظيمها التقنينان السابقان ومنها مسائل الظروف الطارئة والاستغلال والمسؤولية الناشئة عن الأشياء ، فسار واضعو التقنين الجديد فى الطريق الذى أشارت إليه المحاكم فيما عرض عليها من وقائع وتمكنوا بذلك عن سد بعض الثغرات التى كانت فى التقنينين السابقين ، واستمد واضعو التقنين الجديد من الفقه الإسلامى كثيرا من أحكامه ، فهم قد استلهموا منه أولا والى حد كبير النظرة المسادية للالتزامات المقررة أيضا فى الشرائع الجرمانية ، ليتلافوا بها مضار النظرة الذاتية التى قامت على أساسها التقنينات اللاتينية والتقنينان المصرىان السابقان . فالفقه الإسلامى ينظر الى الالتزام باعتباره عنصرا من عناصر الذمة المالية لا باعتباره كما تنظر اليه الشرائع اللاتينية رابطة بين شخصين ، ومن هنا كانت نزعة المادية

في تنظيم الحقوق واستعمالها وانتقالها ، وفي تكوين العقد وتفسيره وتنفيذه وفسخه وفي المسؤولية المدنية الخ . وقد أخذ التقنين الجديد بهذه النزعة بالقدر اللازم لعلاج مضر النزعة المضادة . وهو من جهة أخرى لم يكف بالاحتفاظ بالنظم التي كان التقنينان السابقان قد استمداها من الشريعة الاسلامية ، بل أضاف اليها استمداده من الفقه الاسلامي نظما أخرى لا تقل عن الأولى أهمية ولها تطبيقات كثيرة في العمل كنظرية التعسف في استعمال الحقوق ونظرية الظروف الطارئة .

وكذلك لم تكن أهمية مقارنة الشرائع لتغيب عن أذهان واضعي التقنين الجديد . فهم لم يقفوا عند حد استمداد بعض النظم منها كنظام الاعسار المدني وملكية الأسرة وملكية الطبقات بل رجعوا اليها دائما واستوحوا منها الصياغة الفنية لكل حكم موضوعي استمدوه من المصادر آنفة الذكر فحللوا بشأن كل حكم نصوص أكثر من عشرين تقنيا أجنيا تمت الى مجموعة التقنيات اللاتينية أو الى مجموعة التقنيات الجرمانية أو الى مجموعة التقنيات المتخيرة واختاروا من بينها جميعا الصياغة الأكثر ملاءمة ، وهكذا استطاعوا أن يوغروا نلحكم الذي استمدوه من المصادر المحلية الصياغة الأنسب له التي وجدوها في التقنيات الأجنبية والتي أثبت العمل بها مدة طويلة صلاحيتها .

وبالرغم من المزايا العظيمة لهذا التوليف بين الحكم الموضوعي المستمد من المصادر المحلية والصياغة المستوحاة من الشرائع الأجنبية التي ثبتت صلاحيتها ، فإن من شأنه أن يثير مشكلة كبيرة فيما يتعلق بتفسير النصوص الجديدة . هل ينبغي للمفسر أن يبحث عن معنى النص الجديد المستمد حكمه من المصادر المحلية في أحكام المحاكم المصرية السابقة وفي آراء فقهاء الشريعة الاسلامية أو في عبارات النص الجديد المنقولة عن الشرائع الأجنبية مع الاستهداء في ذلك بآراء الفقه وأحكام القضاء في البلد الذي اقتبست الصيغة الجديدة من تشريعه .

يبين من الأعمال التحضيرية وبخاصة من تقارير مجلس النواب ومجلس الشيوخ انها أكدت أكثر من مرة أن المشرع اذا كان قد استعار في صياغة نصوصه عبارات مستعملة في شرائع أخرى فان ذلك لا يعنى أبداً أنه يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص الى التفسير الذى فسرت به النصوص التى استمدت منها في بلدنا الأصلي . فالنصوص الجديدة تعبر في الغالب عن أحكام مستمدة من مصادر محلية ، واذا كانت صياغتها استوحيات من مصادر أجنبية ، فان هذا لا ينفى أنها تعبر عن أحكام مصرية خالصة ومن ثم ينبغى تفسيرها تفسيراً مستقلاً عن التفسير الذى أعطى لمثيلاتها في البلاد الأجنبية . ولكن بالرغم من هذه التأكيدات يجوز لنا أن نشكك في امكان الاستغناء كلية في تفسير النصوص الجديدة عن التفسير الذى أعطى للنصوص الأجنبية التى استمدت منها في بلدنا . فعندما تعرض الحاجة الى تفسير نص من نصوصنا الجديدة ، فأننا سنلجأ في ذلك أولاً الى الاستهداء بأحكام قضائنا السابق وبالفقه الاسلامى . غير أننا كلما بعدنا عن العصر الذى تمت فيه مراجعة التقنين وصادفنا حالات جديدة مختلفة عن الحالات التى تناولتها الأحكام السابقة أو آراء فقهاء الشريعة الاسلامية سنجد أنفسنا ملزمين أن نفسر النصوص الجديدة لا بالبحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضعه هذه النصوص بل بالبحث عن مدلولها الذاتى مع الاستهداء في ذلك بالتفسير الذى أعطى للنصوص الماثلة لها في البلد الذى نقلت عن تشريعه .

لذلك يبدو لنا أننا سنحتاج ان قريبا أو بعيدا في تفسير نصوص تقنيننا الجديد الى الرجوع الى أحكام القضاء وآراء الفقه في البلاد التى نقلنا نصوصنا الجديدة عن تشريعاتها . ونرى تسهلا لمهمة المفسر في المستقبل أنه من المفيد انشاء معهد للقانون المقارن يكون من بين مهامه دراسة أحكام المحاكم وآراء الفقهاء في البلاد الأجنبية .

(ثانيا) أهم الخصائص المميزة للتقنين المدنى الجديد :

يُكفى من حيث الشكل أن نذكر أن التقنين الجديد تتميز بنصوصه بالوضوح والدقة ، كما تتميز خطته بالبساطة وبأنها منطقية • فهو يتصدره باب تمهيدى يتناول تطبيق القوانين من حيث الزمن ومن حيث المكان وبيان أركان كل علاقة قانونية وهى الأشخاص والأشياء ، ثم يشمل قسمين أساسيين ، يخصص أولهما للحقوق الشخصية (أو الالتزامات) والثانى للحقوق العينية • وليس فيه شئ عن الأحوال الشخصية لأنها كما تقدم تركت لقوانين خاصة بسبب تعدد الأديان والطوائف الدينية فى مصر •

أما من حيث الموضوع ، فيتميز التقنين الجديد بخاصتين أساسيتين : النزعة الاشتراكية أو الجماعية *tendance socialiste* والوجهة التخليقية *caracère éclectique*

١ — النزعة الاشتراكية أو الجماعية :

تسود التقنين الجديد النزعة الاشتراكية التى ترمى الى تغليب مفكرتى التضامن والاستقرار على أفكار الحرية وسلطان الارادة ، أى أنه يغلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، ويرى أن من مصلحة الجماعة حماية الضعفاء ضد الأقوياء • وهو لذلك يعتبر الحقوق — وبخاصة حق الملكية ، ليست سلطات مطلقة مخولة لأصحابها لمصلحتهم الشخصية ، بل سلطات مخولة لهم لغاية مشتركة أو انها بعبارة أخرى وظائف اجتماعية • ومما يبرز ذلك نص أساسى ورد فى الباب التمهيدي للتقنين للدلالة على أنه يسرى على جميع أنواع الحقوق عينية كانت أو شخصية هو نص المادة • الذى يكرس نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بالنص على أن استعمال الحق يكون غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(١) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير •

(ب) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية .
بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

وقد تضمن القسم الثاني من التقنين نصا آخر يعتبر تطبيقا للنص الأول هو نص المادة ٨٠٧ الذى يقضى بأن على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الغير ، وتورد المواد التالية عدة قيود على حق الملكية لصالح المالك المجاورين أو للمصلحة العامة .

وفى مجال حق الملكية ذاته نجد عدة مظاهر أخرى لهذه النزعة الجماعية فى تنظيم الملكية الشائعة بحيث تغلب ارادة أغلبية الشركاء على ارادة أقليتهم لمصلحة حسن ادارة المال الشائع (المواد ٨٢٨ وما يليها) ، كما نجد نصوصا تنظم انشاء ملكية الأسرة (المواد ٨٥١ وما يليها) ونصوصا تنظم اتحاد مالكي الطبقات (المواد ٨٥٦ وما بعدها) وأخرى تحد من استعمال حق الشفعة (المواد ٩٣٥ وما يليها) .

وفى مجال العقود والالتزامات ، تظهر هذه النزعة الاشتراكية للتقنين الجديد فى الاكثار من النصوص الآمرة التى تعتبر قيودا على مبدأ سلطان الارادة وفى مراعاة مصالح المدينين أو بوجه عام فى حماية الجانب الضعيف ضد الجانب القوى . ومن أمثلة ذلك :

(أ) المادة ١٤٧/٢ التى تكرر نظرية الظروف الطارئة وتسمح للقاضى بأن ينقص الى حد معقول الالتزام الذى صار مرهقا ويقضى بأن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا .

(ب) المادة ١٤٨ التى تخول القاضى سلطة تعديل الشروط البساعة التى يتضمنها عقد الاذعان واعفاء الطرف المذعن منها وتقضى بأن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا .

(ج) المادة ٢٣٠ التي تنص بصفة آمرة أيضا على أن الدائنين الذين يشتركون في توزيع أموال المدين بعد رسو بيعها بالمزاد الجبرى لا يكون لهم فوائد تأخير عن المبالغ التي تخصصهم في التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد على الثمن الذى رسا به المزاد عليه .

(د) المادة التي نقلت الى قانون المرافعات وأصبحت فيه المادة ٤٨٩ والتي تحرم على الدائن الحاصل على تأمين عيني لدينه أن يباشر التنفيذ على أموال المدين التي لا يشملها هذا التأمين الا اذا كانت الأموال المخصصة لضمان الدين تقرر عدم كفايتها لضمان الدين .

(هـ) الأحكام المنظمة لحق اختصاص الدائن بأموال مدينه والأحكام القاضية بقصر هذا الاختصاص على بعض الأموال فقط (المواد ١٠٩٠ وما بعدها) ، وهى تجيز للمدين أن يطلب الى المحكمة قصر حق الاختصاص على القدر من أمواله الذى يفى بالدين المضمون أو بالباقي منه .

(و) المواد ٦٩٢ و ٦٩٥ و ٦٩٦ التي تكفل للعامل حقه فى أجره وتحميه ضد تعسف رب العمل .

ويلاحظ أن المشرع اذ سار فى هذا الاتجاه الاشتراكى لم يكن الا مقننا أحكاما أوجبتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي سبقت الاشارة اليها . وقد التزم فى هذا السير جانب التؤدة والاعتدال ، وليس أدل على ذلك من أنه قبل أن تمضى ثلاث سنوات كاملة على بدء العمل بهذا التقنين الجديد كانت الحوادث قد تجاوزت الحد الذى وقف عنده المشرع فيما يتعلق بتنظيم الملكية الزراعية ، وقد غطن الى ذلك نظام الحكم الذى أنشأته حركة الجيش بقيادة اللواء محمد نجيب فى ٢٣ يوليه ١٩٥٢ ولس المظالم الاجتماعية واختلال التوازن الاقتصادى الناشئ من سوء توزيع الملكية الزراعية ، فبدأ العهد الجديد باصدار المرسوم بقانون رقم ١٧٨ سنة ١٩٥٢ بتاريخ ٩ سبتمبر ١٩٥٢ بقانون الاصلاح

الزراعى • وقد توخى هذا الاصلاح بوجه خاص أن يصحح توزيع الأراضي الزراعية وأن يزيل الفوارق بين الطبقات وأن يخفض أجره الأراضي الزراعية وثمان الأطنان وأن يحمل كبار الملاك على أن يوجهوا أموالهم للاستثمار فى انشاء الصناعات • وفى سبيل ذلك نص المرسوم بقانون على أن يكون الحد الأقصى للملكية الأطنان الزراعية مائتى فداناً ، وأن القدر الذى يملكه الشخص الواحد غيماً زاد على هذا الحد تنزع منه ملكيته فى مقابل ثمن يقدر بسبعين ضعفا للضريبة العقارية يصرف للمالك سندات على الخزانه العامة ، وأن نزع الملكية سيتم تدريجياً خلال خمس سنوات ، ولن يسمح للمالك أن يؤجر أرضه بأجره تريد على سبعة أضعاف الضريبة العقارية المفروضة عليها ، ويلزم بأن يدفع ضريبة اضافية عن القدر الزائد عن الحد الأقصى طالما لم ينزع منه تقدر بخمسة أضعاف الضريبة ، ولن يجوز له تأجير أى قدر من أرضه الا الى مستأجرها السابق ما لم يعزف عنها هذا الأخير أو يخل بالتزاماته ، ولكن يجوز للمالك أن يزرع أرضه لحسابه وعلى نفقته أو أن يشرك آخر فى زراعتها بطريق المزارعة ، وفى هذه الحالة الأخيرة يقسم ناتج الأرض مناصفة بين المالك والمزارع ، وعلى أى حال لا يجوز أن يقل أجر العامل الزراعى عن حد معين فى كل منطقة على حدة •

يبين من ذلك أن هذا الاصلاح الزراعى ذو أهمية بالغة سواء من حيث تنظيمه أو من حيث النتائج الضخمة التى تنتظر منه سواء فى الناحية الاقتصادية أو فى الناحية الاجتماعية ، وانه يشكل الغاية القصوى للنزعة الاشتراكية التى بدأت تظهر رويدا رويدا فى أحكام المحاكم المصرية والتى كرس التقنين الجديد خطواتها الأولى • وهو ان دل على شئ فأنما يدل على أن واضعى التقنين الجديد لم يسرعوا الخطى بل كان سيرهم فى طريق الاشتراكية وثيداً ، متبعين فيه جانب الحكمة والحذر •

(ثانيا) الوجهة التفسيرية :

اقتناعا من واضعي التقنين الجديد بعيوب النزعة الذاتية التي قام على أساسها التقنينان السابقان اقتباسا من التقنين الفرنسي وسائر التقنينات اللاتينية ، فقد حاولوا تفادي عيوب هذه النزعة وعلاج مساوئها بالاتجاه للأخذ بقدر معين بالنزعة المادية التي استمدوها من الفقه الاسلامي والتي تصادف من جهة أخرى مطابقتها لأحدث التقنينات المتطورة وبخاصة التقنينات التي تنتمي الى أصل القانون الجرمانى .

غلا يسوغ القول بأن التقنين الجديد قد استبدل النزعة المادية بالنزعة انذاتية كلية ، فهو على النقيض من ذلك قد ألف بين النزعتين في مزاج تخييرى يوائم حاجات البلد ، بل الأدق أن يقال انه حافظ على بقاءه في مسيرة القوانين اللاتينية مع اقتباسه فقط بعض التعديلات التي أخذها من الفقه الاسلامي ومن القانون الجرمانى ، وهي تعديلات كانت الحاجة اليها ظهرت من قبل في أحكام المحاكم الفرنسية نفسها وأخذت بها فعلا أحدث التقنينات الأجنبية كتقنين الالتزامات البولونى والتقنين المدنى الايطالى .

وبعبارة أخرى فان التقنين الجديد يمكن القول باستمرار انتسابه الى مجموعة التقنينات اللاتينية المتطورة مع اعتناقه بعض النظريات المادية بالقدر اللازم لضمان الأمن والاستقرار فى المعاملات .

وأية ذلك أنه ظل يعتبر اتفاق الطرفين ركنا ضروريا لتكوين العقد . ولكنه يعطى قيمة خاصة للتعبير عن الارادة ، فالتعبير وان كان ليس الا الثوب الذى تلبسه الارادة ، لكنه متى صدر فانه يستقل عن الارادة ويسير فى طريقه نحو هدفه ولو مات من أصدره أو انعدمت أهليته قبل أن يصل التعبير الى من وجه اليه (المادة ٩٢) . ومع ذلك فالارادة تبقى هى العنصر الأساسى فى تكوين العقد ويجب أن تتجرد من كل عيب يشوبها والا كانت قابلة للإبطال .

في التقنيات ذات النزعة الذاتية . تعرض هذه القاعدة الأخيرة المتعاقد مع الطرف الذي يتصلك بعيب شلبي ارادته الى مغلجات غير سارة . والتقنين الجديد يعالج ذلك بأن يشترط لإبطال العقد بسبب عيب تساب رضا طالب الإبطال أن يكون العقد الآخر قد علم بوجود هذا العيب أو كان على الأقل من السهل عليه أن يتبينه ، والا فلا يعتد بالعيب الذي شاب الارادة الباطنة ويتعين الوقوف عند حد الارادة المعلنة (المواد ١٢٠ وما بعدها) .

وفيما يتعلق بتفسير العقود تنص المادة ٢/١٥٠ على أنه « اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستدعاء في ذلك بطبيعة التعامل . وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وذلك وفقا للعرف الجاري في المعاملات » ، وهي قاطعة في أن التفسير يجب أن يتوخى الوصول الى التعرف على الارادة الباطنة ولكن باتباع معايير موضوعية كطبيعة التعامل والأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري .

إن استعمال المعايير الموضوعية يكفل استقرار التعامل ولذلك كثيرا ما يوجب التقنين الجديد . من ذلك معيار رب الأسرة المعنى بأموره الذي نص عليه في المواد ٢١١ و ٥٢١ و ٥٨٣ و ٦١١ و ٦٨٥ الخ ، ومعيار عدم التعادل البتة بين التزامات المتعاقدين (في المادة ١٢٩) ومعيار الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة (في المادة ٢/١٤٧ المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة) .

ولا يصح أن يستنبط من كون التقنين الجديد يعتمد على معايير موضوعية انه يضع قواعد جامدة واجبة التطبيق آليا ، بل على النقيض من ذلك فان تلك المعايير هي أقرب الى المعايير المرنة standards juridiques منها الى المعايير الجامدة règles rigides ، فهي تترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة وتتيح له من هذا الطريق فرصة

واسعة لتطوير القانون ، ومثال ذلك أن المادة ١٢١ بحد أن قررت أن الغلط الذى يفسد الرضا يجب أن يكون جوهريا أوضحت أن الغلط يكون جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث كان يتمتع معه العاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، فيكون للقاضى فى كل حالة أن يقدر ما اذا كان الغلط بلغ هذا الحد من الجسامة أو لم يبلغها .

وهيما يتعلق بالمسئولية المدنية استبقى التقنين الجديد الخطأ كأساس للمسئولية وفقا للنظرية الشخصية للالتزام ، ولكنه أفسح الى جانبها مكانا للمسئولية المادية ، فنص فى المادة ١٦٤ فقرة ثانية على أنه : « ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعييا فى ذلك مركز الخصوم » .

وكذلك نص فى المادة ١٧٨ منه على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » .

وظاهر أن المسئولية فى هاتين الحالتين مسئولية تقوم دون خطأ .

وقد أخذ التقنين الجديد فى شأن المسئولية المدنية كما أخذ فى شأن العقود بمعايير مادية مرنة كمعيار الشخص الذى يكون فى حاجة الى رقابة (فى المادة ١٧٣ التى تقر مسئولية المرء عن فعل الغير) ومعيار الشيء الذى يحتاج الى حراسة خاصة (فى المادة ١٧٨ التى تقر مسئولية المرء عن فعل الأشياء التى تكون فى حراسته) . ويمكن أن نشير فى هذا الصدد أيضا الى معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر حيث تنص المادة ٢٢١ على أنه يجب لكى يعتبر الضرر مباشرا أن يكون

نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في وفائه • وتقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن النتيجة الطبيعية في هذا الصدد تشمل الضرر الذي لم يكن في وسع الدائن عقلا أن يتفاداه ، وتعمل الفقرة الثانية من المادة ذاتها في قصرها التعويض في المسؤولية العقدية على مثل هذا المعيار حيث تقصر التزام المدين بالتعويض على الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد •

هاتان هما الخاصتان الهامتان اللتان تميزان التقنين المدني المصري الجديد وتسمحان من جهة باعتباره نتاجا طبيعيا للتحويلات الأيديولوجية والاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على البلاد ومن جهة أخرى باعتباره منطويا على قدر كبير من المرونة يتيح تطور القانون في المستقبل وفقا لمتطلبات التطورات المستقبلية •

مستقبل التقنين المدني المصري الجديد والدور المؤهل لأن يلعبه في بلاد الشرق الأدنى :

في اعتقادنا أن التقنين المدني المصري الجديد تتوافر فيه العناصر التي تكفل له استمرارا طويلا ونجاحا كبيرا ، فهو فوق اعتماده على الكثير من المعايير المرنة واعطائه القاضي سلطة واسعة تتيح له تنويع الأحكام لتلائم مختلف الصور التي تعرض عليه ، قد ادخر له مينا لا ينضب من الأحكام بنصه على أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للأحكام يلي التشريع والمعرف ولكنه يسبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فتنص المادة الأولى منه في فقرتها الثانية على أنه : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » •

وبناء على ذلك يكون لدى القاضى مصدر رسمى احتياطى غنى بالأحكام ، يتعين عليه أن يلجأ اليه لسد ما يظهر له من ثغرات فى التقنين . وفى اعتقادنا أنه يجب لتيسير مهمة القاضى فى ذلك أن تتال دراسات الفقه الاسلامى وفقا لأساليب القانون المقارن الحديثة نصيبا وافرا ولا سيما أن تعدد مذاهبه يوجب دراستها دراسة مقارنة لاماكن استخلاص أكثر الآراء فيها ملاءمة لحاجات عصرنا .

ولا شك فى أن اعتماد الفقه الاسلامى كمصدر رسمى احتياطى لقانوننا من شأنه أن يعزز خاصية هذا القانون بزيادة نصيبه من الأحكام التى نشأت فى رحاب الحضارة الاسلامية وفى بلاد الشرق الأدنى ويساعد على زيادة اشعاعه فى هذه البلاد التى لم تعرف لها قانونا غير الشريعة الاسلامية خلال قرون طويلة .

وقد بدأ بالفعل هذا الاشعاع للقانون الجديد من قبل العمل به فى مصر ، فقد نقلت عنه سوريا تقنينها المدنى الجديد نقلا يكاد يكون حرفيا فيما عدا أحكام الاثبات ، لأنها كانت قد أصدرت قبل سنوات قليلة قانونا خاصا بأحكام الاثبات ، ولا شك فى أن التقنين المدنى السورى الذى أصدر وعمل به فى سنة ١٩٤٩ سيكون أداة وصل قوية بين البلدين . وكذلك العراق قد وضع تقنينه المدنى الذى أصدره فى العام الماضى على مثال التقنين المدنى المصرى ، ولو أن واضعه زاد غيما اقتبسه من الشريعة الاسلامية عما فعله المشرع المصرى ، ولكن الفروق بين هذين التقنينين قليلة الأهمية ، فبعضها يتعلق بالصياغة حيث فضل المشرع العراقى أحيانا صياغة مستمدة من الشريعة الاسلامية على الصياغة المستوحاة من القوانين الغربية . أما الفروق التى تتعلق بموضوع الأحكام فترجع فى الغالب الى أن التقنين العراقى نظم بعض مسائل تفصيلية لم ير التقنين المصرى داعيا لتنظيمها ، وقد استمد القانون العراقى أحكامها من الشريعة الاسلامية ، فإذا عرضت مثل هذه المسائل التفصيلية على القاضى المصرى ولم يجد لها حكما فى تقنينه ، فيكون فى وسعه أن يستلهم

الفقه الاسلامى وأن يستنبط منه في شأنها مثل الأحكام التى نص عليها التقنين العراقى بنصوص خاصة .

وهكذا يبين كيف أن التقنين المدنى المصرى الجديد مكمل بمبادئ الشريعة الاسلامية يستطيع أن يلعب دوراً مؤثراً في التقريب بين شرائع مختلف بلاد الشرق الأدنى وتوحيدها .

الاقتراحات :

لقد اقترحنا فيما تقدم انشاء معهد أو مركز لدراسات القسانون المقارن بهدف تيسير دراسة أحكام القضاء وآراء الفقه في البلاد الغربية التى استمد المشرع المصرى من شرائعها صياغة بعض نصوص تقنيننا المدنى الجديد . وفى رأينا أن هذا المعهد أو المركز تكون مهمته الأساسية تشجيع دراسات القانون المقارن وتبادل الوثائق المتعلقة بهذه الدراسات بين الدول المعنية .

وبعد استعراض ما تقدم نستطيع أن نكمل اقتراحنا بجعل المعهد أو المركز المقترح يشمل ثلاثة أقسام : أولها يضطلع بالمهمة سالفة البيان ، والثانى يختص بالدراسة المقارنة لمختلف مذاهب الفقه الاسلامى ، والثالث تكون مهمته استثمار دراسات القسمين الأولين بالتقريب بينها في دراسة شرائع مختلف بلاد الشرق الأدنى بمقارنتها من جهة بشرائع البلاد الغربية ومن جهة أخرى بالشريعة الاسلامية .

ونرى أن مصر ، سواء لموقعها الجغرافى أو لصلته قانونها الوثيقة بقوانين البلاد العربية وبالشريعة الاسلامية أو لعلاقاتها المستمرة منذ القدم ببلاد الشرق الأدنى ، هى الهيئة لقيام مثل المعهد أو المركز المقترح فيها ، وبخاصة في مدينة القاهرة بالذات التى توجد بها جامعتان حديثتان بالإضافة الى الجامعة الاسلامية العتيدة جامعة الأزهر الشريف .

بعض ملاحظات واقتراحات متعلقة بنصوص التقنين المدني بمناسبة توحيد القانونين المصرى والسورى (*)

يسير العمل حثيثا فى توحيد القانونين المصرى والسورى ، منطبعا بطابع العهد الجديد ، طابع الانجاز السريع فى غير تردد ولا اضاءة للوقت فى الكلام الكثير ، بحيث صار العمل يسابق العاملين ، ويوجب عليهم المبادرة واختصار الطرق والايجاز فى القول .

لذلك رأينا أن نضع تحت نظر القائمين بتوحيد القانونين المدنيين بعض الملاحظات المتعلقة بنصوصهما الحالية وما تقتضيه هذه الملاحظات من تعديلات بسيطة يكاد أن لا يختلف فى شأن الكثير منها رجال القانون ، متجنين اقتراح التعديلات الجوهرية التى يتطلب بحثها دراسة طويلة أو تتباين فى شأنها وجهات النظر تبائنا كبيرا ، لأننا نرى أن ضرورة الاسراع فى انجاز توحيد القانونين لا تسمح بالوقوف طويلا عند هذه المسائل الأخيرة ، فيتمتعين ارجاؤها الى فرصة أوسع .

وتمشيا مع طابع العصر ، سنوجز القول غاية الايجاز ، فنكتفى بابداء الملاحظة أو الاقتراح مع بيان سببه فى كلمة واحدة والاحالة فى تفصيل أسبابه الى دراستنا السابقة المنشورة .

وهاك بيان هذه الملاحظات والاقتراحات :

(*) نشرت بجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة والعشرون سنة ١٩٥٩ .

١ — في المادة ١٣٩ مصرى / ١٤٠ سورى :

تُحذف الفقرة الثانية التى تنص على أن « تستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير » أو على الأقل عبارة « دون اخلال بحقوق الغير » ، وذلك لأن اجازة العقد القابل للإبطال لا تُضيف الى هذا العقد ولا الى آثاره التى كان ينتجها قبلها شيئاً ، فلا محل للقول باستنادها الى الماضى ولا للتحفظ الوارد فى النص بشأن حقوق الغير .

(يراجع كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ص ٣١٥ و ٣١٦) .

٢ — في المادة ١٦٩ مصرى / ١٧٠ سورى :

يُحسن أن يستعاض عن عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى » بعبارة « وتكون المسئولية فيما بين الشركاء فى العمل الضار بالتساوى » ، وذلك لاستبعاد توزيع المسئولية بين المسئول الأصلي والمسئول عن فعل غيره .

(يراجع فى ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٥٩ نبذة ٤٥٠ ص ٥٩٦) .

٣ — في المادة ٢١٥ / ٢١٦ :

تستبدل بعبارة « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ... » عبارة « اذا كان جبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً غير ممكن أو غير مجد » ، لأن التنفيذ بطريق التعويض لا يقتصر على حالة استحالة التنفيذ العينية .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٧٤) .

٤ — في المادة ٢٢٢ / ٢٢٣ فقرة أولى :

تحذف منها عبارة « ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » ، حتى يسوى بين تعويض الضرر الأدبي وتعويض الضرر المادى .

(يراجع كتابنا في الفعل المضر نبذة ٣١) .

٥ — في المادة ٢٢٧ / ٢٢٨ فقرة ثانية :

يستبدل بعبارة « ولا منفعة مشروعة » الواردة في نهاية المادة عبارة « ولا نفقة مشروعة » كما ورد في مرسوم سنة ١٩٣٨ الذى اقتبست منه هذه المادة .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٠٨ ص ١٥٦) .

٦ — في المادة ٢٣١ / ٢٣٢ :

يستبدل في نهايتها بعبارة « بسوء نية » عبارة « بغش منه أو بخلًا جسيم » لضرورة التنسيق بينها وبين نص المادة ٢٣٥ / ٢٣٦ .

(يراجع كتابنا في أحكام الالتزام نبذة ١١٨ ص ١٦٩) .

٧ — في المادتين ٢٤٤ / ٢٤٥ و ٢٤٦ / ٢٤٧ :

يستبدل بهما النص الآتى :

(١) اذا ستر العاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر أنتج العقد الحقيقى آثاره لا العقد الظاهر .

(٢) غير أنه يجوز للغير الذى بنى تعامله بحسن نية على أساس العقد الظاهر أن يتمسك بهذا العقد .

وذلك تفاديا للبس والتعقيد والأخطاء التي تشوب النصوص
الحالية .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٨٣ وما بعدها) .

٨ — في المادة ٢٤٦ / ٢٤٧ :

يضاف في الفقرة الأولى عبارة « مستحق الأداء » كي تصبح هكذا
« لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم
يعرض الوفاء بالترام مستحق الأداء ، مترتب عليه بسبب الترام المدين
ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه
هذا » .

وذلك لضرورة تعليق حق الحبس على حلول دين من يريد استعمال
هذا الحق .

٩ — في المادة ٢٤٨ / ٢٤٩ فقرة ثالثة :

يضاف بعد عبارة « أن يطلب استرداده » عبارة « ممن يحوزه
بحسن نية » لأن تقييد حق الاسترداد بوجوب استعماله في المدة المذكورة
لا محل له الا للاسترداد من الحائز حسن النية . أما استرداد الشيء من
مغتصبه أو من سارقه فلا يصح أن يقيد بمثل هذه المدة القصيرة .

١٠ — في المادة ٢٧٠ / ٢٧٠ :

تحذف الفقرة الثانية لعدم الحاجة اليها عندنا .

(أنظر كتابنا في أحكام الالتزام نبذة ٢٥٤ ص ٣٥٣) .

١١ — في المادة ٣٩٩ مصرى / ١٩ بينات سورى :

تعديل الفقرة الأولى كما يأتي :

« ١ — التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المسدين يكون حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن موقعا منه اذا كان هذا التأشير بخط الدائن أو كان السند لم يفرج قط من حيازته » .

(يراجع أصول الاثبات سنة ١٩٥٢ ص ١٥٢ هامش ١) .

١٢ — في المادة ٤٠٩ فقرة أولى / ١٠٠ بينات سورى :

ورد في المادة ٤٠٩ مصرى أن « الاقرار حجة قاطعة على المقر » .

وورد في المادة ١٠٠ بينات سورى أن « الاقرار حجة قاصرة على المقر » . والمقصود هو ما ورد في النص المصرى وقد سبق أن وقع فيه خطأ عند نشر القانون لأول مرة في الوقائع المصرية ، ثم صحح عند طبع القانون في الكتاب الذى أصدرته وزارة العدل المصرية (أصول الاثبات طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٧٠ هامش ٣) .

١٣ — في المادة ٤٠٩ فقرة ثانية مصرى / ١٠١ بينات سورى :

تعدل كما يأتى :

« ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه اذا انصب على وقائع متعددة الا اذا كان وجود الوقائع المضافة لا يستلزم حتما وجود الواقعة المدعاة » .

(يراجع كتابنا في موجز الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ١٢٦) .

١٤ — في المادة ٤٥٨ / ٤٣٦ فقرة أولى :

يقترح الاستعاضة عن عبارة « لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشتري أو اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء تابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ... » بالعبرة الآتية :

« لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن بعد حلول أجله الا اذا أعذر المشتري أو اذا كان الشيء المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ... » .

وذلك حتى لا تستحق الفوائد عن الثمن المؤجل في الحالة التي يكون غيباً المبيع قابلاً لأن ينتج ثمرات ، وحتى تسرى الفوائد في هذه الحالة الأخيرة من وقت العقد لا من وقت تسليم المبيع فحسب ، طالما أن المشتري يستحق ثمار المبيع من وقت العقد وفقاً للمادة ٤٥٨/٤٣٦ فقرة ثانية .

(أنظر موجز البيع والإيجار سنة ١٩٥٨ نبذة ٢٧٤) .

١٥ - في المادة ٥٩٥ / ٥٦٢ :

يستعاض عن نصها بما يأتي :

« في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ملزماً بعقده قبل المؤجر فوق التزام المتنازل إليه بذلك » .

وذلك لأن المستأجر الأصلي يكون ملتزماً بدين شخصي لا بصفته ضامناً فقط .

(أنظر شرح عقد الإيجار طبعة سنح ١٩٥٤ نبذة ٢٥٨) .

١٦ - في المادتين ٦١٥ / ٥٨٢ و ٦١٦ / ٥٨٤ فقرة أولى :

يستعاض عن عبارة « بسبب قوة القاهرة » بعبارة « دون خطأ منه » .

وذلك لأن المقام ليس استحالة التزام المستأجر بالأجرة . بل هو مقام إسقاط الأجرة عنه لفوات المنفعة عليه دون خطأ منه .

١٧ — في المادتين ٦٢١ / ٥٩٨ و ٦٢٢ / ٥٩٩ :

تنقل الفقرة الثانية من المادة الثانية كفقرة ثانية في المادة الأولى .
لأن هذا هو وضعها الصحيح كما تدل على ذلك الأعمال التحضيرية وقد
تغير موضعها خطأ دون أن يلتفت إليه .
(أنظر شرح عقد الإيجار طبعة سنة ١٩٥٤ نبذة ٣٢٢) .

١٨ — في المادة ٦٧٦ / ٦٤٢ فقرة أولى :

تضاف « و » بين التجاريين والجوابين فتكون كذلك « والممثلين
التجاريين والجوابين » .
(أنظر المدخل للعلوم القانونية طبعة سنة ١٩٥٧ نبذة ١٣٠) .

١٩ — في المادة ٦٩٦ / ٦٦٢ فقرة ثانية :

يستعاض عن عبارة « عملاً تصفياً بطريق غير مباشر » بعبارة
« حصلاً تصفياً بطريق غير مباشر » .
كما يستفاد ذلك من الأعمال التحضيرية .

٢٠ — في المادتين ٧٩٩ / ٧٦٥ و ٨٠٠ / ٧٦٦ :

تقدم المادة ٨٠٠ / ٧٦٦ على المادة ٧٩٩ / ٧٦٥ لأنها متعلقة
بالدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين وهي التي يلزم فيها
أن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء طبقاً للمادة ٧٩٨ / ٧٦٤ ، أما
دعوى الطول التي نص عليها في المادة ٧٩٩ / ٧٦٥ فلا يشترط فيها أن
يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء .
(يراجع كتابنا في عقد الكفالة نبذة ١٠٢) .

٢١ — في المادة ٩١٦ فقرة ثانية / ٨٧٧ فقرة ثانية :

تحذف عبارة « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا
التاريخ ثابتاً » .

وذلك لتناقضها مع صدر الفقرة الذى يقول « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت » •

(يراجع أصول الاثبات طبعة سنة ١٩٥٢ هامش ص ٩٩) •

٢ — فى المادة ٩٦٨ / ٩١٧ :

يستبدل بمعبارة « أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار » بمعبارة « أو حاز حقا عينيا أصليا أو حق رهن حيازى على منقول أو عقار ... » وذلك لاستبعاد الحقوق العينية التبعية غير الرهن الحيازى من حكم التقادم المكسب •

٢٣ — فى المادة ١٠٤٦ فقرة أولى مصرى :

يضاف فى نهاية الفقرة الأولى عبارة « أو كانت لمدة لا تتجاوز سنة واحدة » •

« ذلك حتى يتسق حكمها مع نص المادة ٦٢٤ مرافعات التى تقضى بأنه إذا لم تكن المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها على الأشخاص المشار اليهم فيها الا لمدة سنة •

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٨٧) •

٢٤ — فى المادة ١٠٦٥ مصرى :

يحدد الحد الأدنى لما يجب أن يعرضه الحائز اذ لا يوجد فى القانون قيمة تتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزاع الملكية ، وذلك اما بالاحالة على المادة ٣١ مرافعات مصرى ، واما بالنص على أن القيمة التى يعرضها

الحائز يجب أن لا تقل عن ٦٠ مثلاً لضريبة الأطنان الزراعية أو ١٨٠ مثلاً لضريبة المباني .

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ١٦٤) .

٢٥ — في المادة ١٠٧٢ مصرى :

تحذف من صدرها عبارة « أو يتخلى عن هذا المقار » وذلك لدفع شبهة امكان التخليه قبل انذار الحائز .

٢٦ — في المادة ١٠٨٨ مصرى :

تعديل هكذا « لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت أخذ هذا الحق » .

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٢٠٩) .

٢٧ — في المادتين ١١٠٠ و ١١١٢ مصرى :

ينبغي للتنسيق بينهما تعديل المادة ١١١٣ فقرة (أ) على الوجه الآتى :

« اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى ابراء ذمة المدين من الدين . ويعتبر الدائن نازلاً ضمناً عن حقه بمجرد تخليه باختياره عن الشيء المرهون أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، ما لم يثبت عكس ذلك ، على أنه اذا كان الرهن مثقلاً ... » .

وذلك لأن المادة ١١٠٠ تنشئ قرينة قانونية على نزول الدائن عن الرهن . أما النص الحالي للمادة ١١١٣ فيخول للقاضى غلط أن يستنبط نزول الدائن عن الرهن بموجب قرينة قضائية ، فيلزم التنسيق بينهما .

(أنظر التأمينات العينية نبذة ٢٦٠) .

٢٨ — في المادة ١١١٠ فقرة أولى مصرى :

تُحذف منها العبارة الأخيرة التى تقول « دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون » حتى يتسق حكمها مع المواد التى تقرر أن البيع الجبرى يظهر العقار من كل حق مقيد كالمادة ١٠٧٥ .
(أنظر التأمينات العينية نبذة ٣٠٤) •

٢٩ — في المادة ١١٤١ ج مصرى :

تستبدل بكلمة « لأقاربه » عبارة « لزوج وأقاربه » حتى يتقرر الامتياز لمنفعة الزوجة أسوة بنفقة الأقارب وهى أولى منهم بالامتياز .
(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٣٤٨) •

٣٠ — في المادة ٤٣ من قانون الشهر العقارى :

يقترح تعديلها كما يأتى :

« يجوز تجديد القيد كل عشر سنوات • فإذا أجرى التجديد بعد انقضاء هذه المدة ، فلا تحسب مرتبة الرهن الا من تاريخ اجراء التجديد بالنسبة الى الغير الذى كسب حقا حينئذ على العقار فى المدة ما بين انقضاء عشر السنوات واجراء التجديد وقام بشهر هذا الحق قبل تجديد القيد • أما بالنسبة الى أصحاب الحقوق العينية الأخرى ، فتهبى مرتبة الرهن محسوبة من تاريخ اجراء القيد الاصلى » •

(أنظر المذكورة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ج ٤ ص ٢٩٧ ، وكتابنا فى التأمينات العينية هامش نبذة ١١٠) •

واللى ولى التوثيق •

(القانون المدني العربي الموحد (*))

(الأمل وكيفية تحقيقه)

١ - إيماء الى القرارات الصادرة من مجلس جامعة الدول العربية أرقام ٢١٠٠ و ٣٠٩٤ و ٣١٥٦ بالموافقة على تشكيل لجنة من خبراء قانونيين لوضع مشروع قانون مدني موحد للدول العربية الأعضاء ، وبناء على رغبة الأمانة العامة لجامعة الدول العربية في اعداد ورقة عمل تعرض على لجنة الخبراء المشار اليها وتبين فيها الاتجاهات التشريعية في نطاق القانون المدني في مختلف الدول العربية ونصيب الفقه الاسلامي في هذه الاتجاهات باعتباره المصدر الأساسي لجميع التشريعات بالدول العربية بل المصدر الوحيد للبعض منها ، وكيفية التوفيق بين الاتجاهات المختلفة في هذا الشأن ، وما يعترض ذلك من عقبات وسبل تخفيفها ، واقتراح خطة العمل في ذلك ، أشرف بأن أتناول هذه المسائل فيما يلي مسترشداً في ذلك بالبحث القيم الذي وضعه في هذا الشأن فقيه العروبة المعاصر العلامة الراحل الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعنوان « القانون المدني العربي » (منشور في مجلة القضاء العراقية العددان الأول والثاني لسنة ١٩٦٢ ومنه مستلة منشورة على حدة في سنة ١٩٦٥) ، بالإضافة الى

(*) تقرير وضع بتكليف من مجلس جامعة الدول العربية لعرضه كورقة عمل على لجنة خبراء توحيد القانون المدني في الدول أعضاء الجامعة التي قرر مجلس الجامعة بتشكيلها لهذا الغرض بموجب قراره رقم ٣١٥٩ الصادر بتاريخ ١٣/٤/١٩٧٤ . وقد نشر في مجلة التشريع والقضاء التي تصدرها وزارة العدل التونسية في العدد العاشر من السنة السادسة عشرة من المجلة ١ ديسمبر ١٩٧٤ ص ٧٦٥ وما بعدها) ، ثم نشر مرة أخرى في مجلة « القضاء » التي تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية السنة الحادية والثلاثون سنة ١٩٧٦ العدد الرابع ص ٢٥ وما بعدها .

بحثيه السابقين المنشور أولهما بمجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد الأول بعنوان « وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح » ، وثانيهما بالمجلة ذاتها السنة الثانية عشرة العددان الرابع والخامس بعنوان « مشروع تنقيح القانون المدنى » •

٢ — وسأتناولها بالترتيب الآتى :

(أ) تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدنى فيها فى الوقت الحالى وبيان تاريخ القانون المعمول به فى كل منها وخصائصه •

(ب) استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القانون المدنى فى هذه الدول •

(ج) ضرورة التزام هذا الاتجاه العام فى وضع التقنين العربى الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه فى هذا الاتجاه فى المرحلة الحالية •

(د) أسلوب العمل المقترح :

الفصل الأول

تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدني فيها
في الوقت الحالى وبيان تاريخ القانون المدني المعمول به
في كل منها وخصائصه

٣ - يقصد بالقانون المدني في البلاد العربية قانون المعاملات
محسب : خلافا لدلوله في البلاد الغربية حيث يشمل القانون المدني
هناك فوق أحكام المعاملات الأحكام التى تنظم الأسرة أو قواعد الأحوال
الشخصية .

والسبب في ذلك أن نظام الأسرة وثيق الاتصال بقواعد الدين التى
تبين الحلال والحرام في العلاقات الأسرية : فرؤى في البلاد العربية أن
يترك أمره الى هذه القواعد ، ولا سيما أن الدين الاسلامى وهو دين
الغلبية الكبرى في هذه البلاد قد تضمن تنظيمها كاملا لهذا النوع من
العلاقات ، وأن ديانات الأقليات المختلفة قد تضمنت هى أيضا في هذا
النسأ تنظيمات أخرى مختلفة فيما بينها ومغايرة في بعض أحكامها
للأحكام الدين الاسلامى ، فصار من المتواضع عليه من قديم في أغلب
البلاد العربية تقريبا ترك تنظيم الأحوال الشخصية للأحكام الدينية
أو المالية أو المذهبية وما تفرع عليها من فقه قام على أساسها .

وبالرغم من أن كثيرا من البلاد العربية رأت تقنين هذه القواعد
المستمدة من الدين كلها أو بعضها في تشريعات حديثة وضعية وجعلت
بعض هذه التشريعات (كالتشريعات المتعلقة بالأهلية والوصية والقوامة
أو بالمواثيث والوصية) عامة التطبيق على جميع مواطنها بقطع النظر
عن اختلاف دياناتهم ، فانها وبخاصة تلك التى اتخذت لها قانونا مدنيا
حديثا لم تر تضمينه تلك التشريعات ، بل أبقتها خارجا عنه في تشريعات

خاصة قائمة بذاتها ، ومن أمثلة ذلك في مصر القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٣ في شأن أحكام المواريث والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في شأن الوصية والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ في شأن الوقف والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، وفي تونس الأمر الصادر بتاريخ ١٧ أغسطس ١٩٥٦ بإصدار مجلة الأحوال الشخصية ، والأمر رقم ٨٣ لسنة ١٩٥٧ بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشاركة ، وفي العراق القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٢٩ الخاص بإدارة الأوقاف ، وفي سوريا المرسوم التشريعي رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٩ بإلغاء الوقف الذري والمشارك وحل الأوقاف الذرية والمشاركة وتصفيتهما •

وعلى هذا فالمستقر حتى الآن في جميع البلاد العربية أن القانون المدني يقتصر على قواعد المعاملات ولا يشمل قواعد نظام الأسرة أو الأحوال الشخصية •

٢ — وتنقسم البلاد العربية من حيث وضع القانون المدني فيها في الوقت الحالي ثلاث مجموعات أصلية تضم الأخيرة منها ثلاث طوائف فرعية :

(أ) فالمجموعة الأولى تشمل البلاد التي ليس لها قانون مدني مسطور : وهي المملكة العربية السعودية ، وتطبق الفقه الاسلامي في مذهب الوهابيين وهو فرع من المذهب الحنبلي •

(ب) اليمن وتطبق الفقه الاسلامي في مذهب الزيدية : وهو مذهب شيعي قريب من المذهب الحنفي (يراجع السنهوري في مسئلة مجلة القضاء العراقية سالفة الذكر ص ٨) •

(ج) أكثر بلاد اتحاد الامارات العربية ، وهي باستثناء بعض التشريعات الخاصة بأنواع معينة من قواعد المعاملات كقانون المسؤولية التقصيرية لعام ١٩٦٨ في أبو ظبي ، تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية دون الاعتماد على أي تقنين لها •

والمجموعة الثانية تشمل البلاد التي تطبق في مجال المعاملات تقنيينا للشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفي أصدرته الدولة العثمانية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر تحت اسم « مجلة الأحكام العدلية » وسرى في أكثر البلاد العربية التي دخلت تحت الحكم العثماني ، وقد تقلصت هذه المجموعة تدريجيا بعد انهيار الدولة العثمانية ، وهي تكاد لا تشمل في الوقت الحاضر سوى الأردن وفلسطين • أما البلاد الأخرى التي كانت تضمها هذه المجموعة فقد انتقلت منها الى المجموعة الثالثة •

وتشمل المجموعة الثالثة البلاد التي كانت تطبق في المعاملات ، مجلة الأحكام العدلية سالفه الذكر الى عهد قريب نسبيا ، ثم اتخذت لها قانونا مدنيا حديثا على نسق التقنين المدني الفرنسي أو القانون الغربي بوجه عام مع تفاوت غيما بينها في مدى استلهاها اياه وفي مدى الجمع بين أحكامه وأحكام الفقه الاسلامي •

وهذه المجموعة تنقسم بدورها الى ثلاث طوائف فرعية :

الأولى أكثرها استلهاها للقانون المدني الفرنسي (بما فيه اجتهادات الفقه والقضاء الفرنسيين) مع الأخذ بقدر قليل من أحكام الفقه الاسلامي وتشمل الجزائر ولبنان ، وكانت مصر تعد من هذه الطائفة في ظل تقنينها المدني السابق الذي ألغى وحل محله تقنينها الحالي اعتبارا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ •

والثانية لم تقتصر على استلهاها القانون المدني الفرنسي وحده من بين القوانين الغربية بل تخيرت منها جميعها أصلحها لها وزادت مقدار ما أخذته من الفقه الاسلامي ، وتشمل تونس والمغرب ومصر وليبيا والسودان (في تقنينه المدني الصادر بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١) •

والثالثة عمدت الى زيادة مقدار ما تأخذته عن الفقه الاسلامي الى جانب استلهاها القانون الغربي من طريق ما تخيره التقنين المدني المصري الحالي ، وتشمل العراق •

وتجدر الإشارة هنا الى طائفة رابعة كانت تشمل السودان الى حين صدور تقنيته المدنى بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ سالف الذكر وكانت تطبق فيها على المعاملات أحكام القانون الانجليزى غير المكتوبة .

٥ — ونعرض فيما يلى موجزا لتاريخ وضع التقنين المدنى لكل من بلاد هذه المجموعة الثالثة مع بيان اتجاهها الرئيسى من حيث المصادر التى استلهمتها .

فى الجزائر ، أدخلت فرنسا قانونها المدنى فى الجزائر سنة ١٨٣٠ لتطبيقه على مجتمع المستعمرين الفرنسيين ، ثم انتهى الأمر الى أن يصبح هو القانون المدنى النافذ فيما بين الجزائريين أنفسهم .

وفى مصر وضع أول تقنين مدنى حديث عند انشاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ضمن حركة الاصلاح القضائى التى تم الاتفاق عليها بين مصر والدول صاحبة الامتيازات ، فصدر التقنين المدنى المختلط فى سنة ١٨٧٥ منقولاً عن القانون الفرنسى نقلاً مقتضياً خلافاً فى بعض الأحيان ، مع أخذه فى نصوص قليلة منه ببعض أحكام الشريعة الاسلامية كأحكام العلو والسفل (المواد ٥٥ — ٥٨ مدنى مختلط) ، وأحكام الحائط المشترك (المادتان ٥٩ — ٦٠ مدنى مختلط) وأحكام الشفعة (التى استبدل بها قانون ٢٦ مارس ١٩٠٠) ، والحكم الخاص بجعل مدة التقادم ١٥ سنة بدلا من ٣٠ سنة كما هى فى القانون الفرنسى ، والأحكام الخاصة بخيار الرؤية (المواد ٣١٦ الى ٣١٨ مدنى مختلط) وبيع المريض مرض الموت (المواد ٣٢٠ — ٣٢٣ مدنى مختلط) وبتحريم بيع المحصولات المستقبلية (المادتان ٣٣٠ — ٣٣١ مدنى مختلط) وبسقوط حق البائع فى حبس الشئ المباع اذا أجال الباقي من الثمن فى ذمة المشتري الى الغير (المادة ٣٥٢ مدنى مختلط) وبتحمل هلاك المبيع المعين بالذات قبل تسليمه الى المشتري (المادة ٣٧١ مدنى مختلط) وبضمان العيوب الخفية (المواد ٣٩٠ الى ٣٩٣ مدنى مختلط) الخ (يراجع فى تفصيل ذلك بحث الأستاذ السهنورى سالف الذكر المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد

السنة السادسة ١٩٣٦ ص ١١٩ وما بعدها) ، ثم صدر بعد ذلك بثمانية أعوام التقنين المدني الأعلى (سنة ١٨٨٣) لتطبيقه المحاكم الأهلية في الدعاوى التي تقوم فيما بين الوطنيين دون غيرهم أو بينهم وبين الأجانب من غير ذوى الامتيازات ، وقد جرى فيه واضعه على خطة واضع التقنين المختلط من حيث النقل باقتضاب عن القانون الفرنسى مع الأخذ ببعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ولو أنه زاد أحيانا في اختصار نصوص القانون الفرنسى (كما فعل في المواد ١٥١ — ١٥٣ الخاصة بالمسئولية التقصيرية) وعُدل في بعض أحكام التقنين المختلط المقتبسة من الشريعة الاسلامية (ومن أمثلة ذلك حذفه مقابل نص المادتين ٣٣٠ و ٣٣١ مدنى مختلط الخاصتين بتحريم بيع المحصولات المستقبلية) وأضاف في بعض آخر شرطاً مأخوذاً من الشريعة الاسلامية كاشتراطه في المادة ٣٤٩ مدنى أهلى رضا المدين في حوالة الحق .

وفي لبنان ظلت الشريعة الاسلامية معمولاً بها في مسائل المعاملات حتى صدر قانون الموجبات والعقود في مارس سنة ١٩٣٣ وعمل به ابتداءً من ١١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ في عهد انتداب الدولة الفرنسية بلبنان . وقد وضع المشرع الأسمى لهذا القانون السيد / روبرس ، ثم عرض هذا المشروع على العلامة الفرنسى جوسران ، ثم راجعته اللجنة الاستراعية ووضعت في صيغته النهائية . وقد عمدت اللجنة الى التوفيق بين القواعد الجديدة التى اشتمل عليها المشروع من جهة والشرائع العامة والعادات المحلية في لبنان من جهة أخرى ، فجاء التقنين اللبناى صورة للقانون الفرنسى الحديث على الوجه الذى يراه الشراح الفرنسيون المعاصرون ، وفي مقدمتهم جوسران نفسه ، وان لم يخل من بعض الاقتباسات من الشرائع الأخرى الحديثة المتخيرة كالقانون البولندى وتقنين الائترامات السويسرى والتقنينين التونسى والمغربى والمشروع الفرنسى الايطالى للالتزامات والعقود ... الخ .

٦ — أما الطائفة الثانية من التقنينات المدنية وهى التقنينات التى أريد لها أساساً أن تكون متخيرة ، فتشمل تقنينى تونس والمغرب والتقنين

المصرى الحالى وتقنيات البلاد العربية الأخرى التى نهجت نهج هذا الأخير وهى تقنيات سوريا وليبيا والسودان .

غفى تونس ظلت الشريعة الاسلامية سارية حتى مطلع القرن الحالى ، ومنذ سنة ١٩٠١ شكلت فيها لجنة من خمسة أعضاء من رجال القانون الأوربيين لوضع مشروع تمهيدى لتقنين حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود . وقد توخت اللجنة فى وضع مشروعها التمهيدى أن توافق بين أحكام الشريعة الاسلامية التى كانت شريعة البلاد حتى ذلك الحين وبين أحكام مختلف التقنيات المدنية الأوروبية حتى لا تصدم نصوصه عادات أى فريق من الأجانب أو من الوطنيين فى البلاد التونسية ، ثم عرض هذا المشروع التمهيدى على لجنة أخرى مكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ومن عشرة من علماء الشريعة الاسلامية منهم خمسة من أساتذة الشريعة بجامعة الزيتونة وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية . وقد راجعت هذه اللجنة المشروع مراجعة دقيقة وخرجته على أحكام الشريعة الاسلامية ولم تجد فيه ما ينافيها . فصدر به مرسوم الباي فى ١٥ ديسمبر ١٩٠٦ ، وسمى التشريع الجديد تقنين الالتزامات والعقود .

وعقب اعلان الحماية على المغرب فى سنة ١٩١٢ شكلت لجنة لوضع تقنيات حديثة تقوم مقام أحكام الشريعة الاسلامية فى تنظيم علاقات الأفراد ، فرأت هذه اللجنة أن تنقل تقنين الالتزامات والعقود عن التقنين التونسى سالف الذكر بعد حذف بعض نصوص منه رؤى ادماجها فى تقنين الاجراءات أو فى تقنين التجارة ، أو الاستغناء عنها كلية لتعلقها بعتود معينة منتشرة فى تونس ولم يجز التعاقد بها فى المغرب . وقد اعتمد هذا المشروع فصدر به مرسوم السلطان فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ وجرى العمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ .

ويتميز هذان التقنينان بأنهما لم يلتزما نهج القانون الفرنسى وحده ، بل اقتبسا كثيرا من تقنيات البلاد الأوروبية الأخرى وبخاصة

من التقنين الألمانى والتقنين السويسرى ، وبأن أحكامهما روجعت على أحكام الشريعة الاسلاميه ، فألغا مزاجا من النظامين اثلاتينى والجرمانى جمع مزايا كل منهما مع التزامه حدود أحكام الشريعة الاسلاميه .

٧- وفى مصر ظهرت الحاجة ماسة فى الثلث الأول من القرن الحالى الى تنقيح شامل للقانونين المدنيين المختلط والأهلى اللذين صدرا فى سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ والى توحيدهما ولا سيما بعد أن تقرر فى اتفاقية مونترو إلغاء الامتيازات الأجنبية والمصاحم المختسلطة ، فشكلت لذلك فى سنة ١٩٣٦ لجنة أولى من ثمانية أعضاء ، ثم استبدلت بها لجنة أخرى من أحد عشر عضوا ، ثم لجنة ثالثة فى سنة ١٩٣٨ تكونت من عضوين اثنين هما الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى والأستاذ ادوار لامبير (أنظر تشكيل هذه اللجان الثلاث وبيان مساعدتها الفنيين فى الوسيط للأستاذ السنهورى الجزء الأول الطبعة الثانية من ص ٢٤ الى ص ٣٥) ، وهى التى وضعت المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدنى فى قرابة عامين ، وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضا للاستفتاء زهاء ثلاثة أعوام . ثم شكلت فى سنة ١٩٤٥ لجنة من خمسة أعضاء برئاسة واضع المشروع التمهيدي الأستاذ عبد الرزاق السنهورى لمراجعة المشروع فى ضوء ما تم من استفتاء وما قدم من ملاحظات . وبعد المراجعة أحيل المشروع النهائى الى البرلمان بمجلسيه ، فأقره بعد دراسة مستفيضة استغرقت نحو ثلاثة أعوام ، وصدر مرسوم اصداره فى ١٦ يوليه ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، وهو أول يوم بعد انقضاء أجل المحاكم المختلطة وانتهاء العمل بالتقنين المدنى المختلط .

وقد استقى التقنين المدنى المصرى الحالى من منابع ثلاثة : القانون المدنى المصرى السابق . والفقه الاسلامى ، والقوانين القريبة الحديثة . فأتخذ من نصوص القانون المدنى السابق وتطبيقاته القضائية ركيزة أساسية له حتى لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى ، ويفيد من تجربة النصوص السابقة بعد أن صقلها العمل وأوضح مكنونها الفقه والقضاء .

وفيما يتعلق بالمصدر الثانى ، وهو الفقه الاسلامى ، احتفظ المشرع المصرى بما كان للقانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه ، ثم زاد عليها أحكاما أخرى استمدتها منه كأحكام مجلس العقد وإيجار الوقف والحكر والإبراء من الدين . وأحكاما غيرها استمدتها من الفقه الاسلامى ومن القوانين الجرمانية معا كنظرية التعسف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث الطارئة ، ولم يقف عند حد الأخذ بهذه الأحكام المتفرقة ، بل جعل الفقه الاسلامى مصدرا من مصادر القانون الرسمية يرجع اليه القاضى فى المسائل التى لا يجد لها نصا تشريعا يسرى عليها ولا عرفا ينظمها (المادة الأولى من القانون) .

وفيما يتعلق بالمصدر الثالث ، أقبل عليه المشرع المصرى قصد الاعتماد عمدا عن التقليد المحض للقانون الفرنسى تحاشيا لعيوب هذا الأخير وتوخيا للأفادة من تجربة البلاد الأخرى المتقدمة فى مجال القانون المدنى بوجه عام ، وبنوع خاص فى أساليب الصياغة القانونية التى ارتقت ارتقاء كبيرا خلال قرن ونصف قرن مضيا منذ صدور القانون الفرنسى . ولم يكتف المشرع المصرى فى هذا الشأن بالاقتراس من القوانين اللاتينية المتطورة ، بل قارن هذه القوانين بالقوانين الجرمانية الأصل (كالقانون الألمانى والقانون السويسرى) ثم بالقوانين المتخيرة التى استمدت أحكامها من كلتا المجموعتين سالفتى الذكر أى مجموعة القوانين اللاتينية ومجموعة القوانين الجرمانية فى أحدث صورهما المتطورة ، وأخذ من مجموع ذلك كله بأكثره ملاءمة للبيئة المصرية ومطابقة لأحكام القضاء المصرى فى إطار الأحكام الشرعية .

وبذلك جاء التقنين المدنى المصرى الحالى نموذجيا من الشرائع الحديثة المتخيرة حافظ على تراثنا القانونى القريب ممثلا فى نصوص القانون السابق وقضائه واستراد من الأخذ من تراثنا البعيد مجسما فى الفقه الاسلامى ، وأضاف الى هذا وذلك خيرا ما وجده فى القوانين الغربية المتباينة الأصول والنزعات ملائما لميقتنا وعاداتنا .

٨ - وفي سوريا أيضا ظهر أن أحكام المجلة صارت بعيدة عن معاملات الناس ، وكان هذا البعد يتسع يوما بعد يوم باتساع هذه المعاملات ، وعولج الأمر في مناسبات مختلفة بإصدار تشريعات خاصة في موضوعات معينة ، ثم رأى أخيرا ضرورة وضع تقنين حديث شامل لجميع أحكام المعاملات ، فصدر التقنين المدني الحالي بتاريخ ١٨ آيار سنة ١٩٤٩ وعمل به ابتداء من ذلك التاريخ .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع هذا التقنين أن المشروع يقوم على أساس القانون المدني المصري الذي صدر أخيرا ، وأن السبب في اختيار هذا القانون أساسا للمشروع السوري يعود الى ما بين القطرين الشقيقتين من التقاليد المشتركة ومن العادات المتقاربة والأوضاع الاجتماعية المتشابهة بحيث يسهل تطبيقه في سوريا ، ويؤدي في الوقت نفسه الى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصري ومن آثار رجال القانون المصريين ويقيم بين البلدين تعاوناً واسعاً في التشريع المدني .

وجاء فيها أيضا أن اقتباس المشروع السوري من القانون المصري يحقق مقصدا من أجل المقاصد التي يرنو اليها العرب في هذا العصر وهو توحيد التشريع بين الأقطار العربية . وقد كان هذا الهدف مطمح أنظار رجال القانون العرب وآمالا من آمالهم ، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل ، وهو أول خطوة عملية لأقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية .

٩ - وفي ليبيا أيضا ظهرت الحاجة الى وضع قانون مدني حديث ، فخذوا المشروع الليبي حذو المشروع السوري ، وأصدر تقنينه المدني في ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣ الذي عمل به ابتداء من ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٤ ، وجاءت نصوصه مطابقة لنصوص التقنينين المصري والسوري ، فكان خطوة أخرى على طريق الوحدة القانونية العربية .

١٠ - وفي السودان أدخل الانجليز منذ احتلالهم اياه في عام

١٨٩٨ قانونهم تدريجيا ، ولما أصدروا قانون الدعاوى المدنية في عام ١٩١٠ ضمنوه نصا يقضى بأن تطبيق المحاكم السودانية في حالة عدم وجود نص تشريعي قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم ، ومنذ ذلك الحين درجت المحاكم السودانية على تطبيق القانون الانجليزى مسطورا كان أو غير مسطور باعتبار أنه خير تعبير عن قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم ، وبذلك أصبح القانون المدنى الانجليزى هو الذى ينظم المعاملات فى السودان ، فاستقر فى بيئة غير بيئته ، وفى مجتمع لم يعد هو له ولم يآلفه ، وبقي فى أغلبه غير مقنن يعتمد على السوابق القضائية وظلت أحكامه مبعثرة فى مواطن متفرقة وقواعده غير مستقرة وغير منضبطة ، مما دعا ثورة سنة ١٩٦٤ الى التفكير فى علاج هذه الحال ، فشكلت فى سنة ١٩٧٠ لجنة من المتخصصين من أبناء وادى النيل شماله وجنوبه كان من أول مهامها وضع مشروع قانون مدنى ، وقد أنجزت اللجنة هذه المهمة وعرض المشروع على كافة الجهات المعنية كالهئية القضائية ونقابة المحامين وأساتذة القانون فى الجامعة وغيرهم من المستغلين بالقانون واستطلع رأيهم فيه ، ثم روجع المشروع فى ضوء نتيجة هذا الاستفتاء ووضع فى صورته النهائية ثم صدر به القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ •

وقد سار هذا القانون فى تبويبه وترتيب أحكامه على نسق القانون المدنى المصرى الحالى ، وجاء فى مذكرته التفسيرية أنه استمد أحكامه من مصدرين رئيسيين هما : القوانين المدنية فى بعض الدول العربية والشريعة الاسلامية •

فكانت القوانين المدنية فى كل من مصر وليبيا والعراق وسوريا وقانون التجارة الكويتى ومشروع القانون المدنى الموحد الذى وضع ابان الوحدة بين مصر وسوريا هى المصادر التى استلهمها المشرع السودانى وتخير من أحكامها ما هو أكثر ملاءمة لأوضاع السودان وظروف الحياة فيه •

كما أنه استلهم الشريعة الإسلامية وأخذ عنها الكثير من أحكامه .
بالإضافة الى أنه اعتبرها المصدر الرسمي الأول الذي يتعين على القاضى
أن يلجأ اليه عند عدم وجود نص يحكم المسألة المطروحة عليه .

وقد أشارت مذكرته التفسيرية الى أهم النظريات التى استمدها
المشرع من الشريعة الإسلامية فى موضوعات التصسف فى استعمال الحق
ومسئولية عديم التمييز وحالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة الذى
يستند الى نظرية الضرورة فى الشريعة الإسلامية وموضوعات الأهلية
والهبة والشفعة وكثير غيرها من الأحكام التفصيلية كالأحكام الخاصة
بمجلس العقد وبيع المريض مرض الموت وانقضاء الإيجار بموت
المستأجر ... الخ .

١١ — يبين مما تقدم أن هذه الطائفة الثانية من التقنيات المدنية
العربية تنقسم بسمة بارزة هي أنها مع احتفاظها بالقوانين المعمول بها فى
بلادها بعد تنقيحها قد استلهمت مصدرين آخرين باللى الأهمية :
(١) القانون المقارن وبصفة خاصة الشرائع الغربية سواء منها التى
تنتمى الى مجموعة الشرائع اللاتينية والتى ترجع الى مجموعة الشرائع
الجرمانية ، (٢) والشريعة الإسلامية فى المذهب الحنفى من طريق مجلة
الأحكام العدلية ومرشد الحيران . وقد استرادت تقنيات هذه الطائفة
من أحكام الفقه الإسلامى لى ما أخذته منه تقنيات الطائفة الأولى
وجعلته مصدرا رسميا من مصادر القانون .

١٢ — أما الطائفة الثالثة من التقنيات العربية المعاصرة ، فينفرد
بها حتى الآن التقنين المدنى العراقى الحالى ، وهو يشكل أول تجربة
لوضع خلاصة القوانين الغربية وأحكام الفقه الإسلامى جنبا الى جنب
على قدم المساواة .

وكان ذلك أمرا طبيعيا لأن مجلة الأحكام العدلية ظلت معمولا بها
فى العراق حتى صدور القانون المدنى الجديد ، وكانت الحاجة كثيرا ما

تدعو الى سن قواعد جديدة تستمد من غير المذهب الحنفى الذى قننته
المجلة ، فتصدر بها تشريعات خاصة ، وكثرت هذه التشريعات وتعددت ،
وكان منها الموروث عن الدولة العثمانية كقانون الأراضى وقانون الطابو ،
وانتشرت قواعد مدنية هامة فى ثنايا قوانين الاجراءات وفى قانون أصول
المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية ... الخ .
وكان على اللجنة لآتى كلت وضع مشروع قانون مدنى عراقى أن تلم
تتات هذه التشريعات العديدة المبعثرة ، بما فى ذلك مجلة الأحكام العدلية
وأن تؤلف ما بين أجزائها وتنسق ما بين نصوصها وقد بذلت فى ذلك جهدا
رائعا .

وجاء فى الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدنى العراقى أنه :
« روى أن يكون المشروع مثلا لما ينبغى أن يكون عليه التقنين المدنى
فى البلاد العربية ، فجعل مزاجا متألفا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة
الاسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتكوينه هذا
يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة
الحديثة أو يستحث الجهود لدراسة الفقه الاسلامى دراسة مقارنة تردده
الى ربيع حياته وتمكنه من مسابقة هذه الأوضاع » .

« ومتى تم احياء الفقه السلامى على النحو المتقدم ، مهد السبيل
للقانون المدنى العربى . فما من شك فى أن هذا الفقه أصبح مصدرا
يفيض بالحياة والحركة ، ويكون خليقا بأن يؤسس عليه وحده تقنين من
أحدث طراز . ومثل هذا التقنين ، وإن كان مجرد أمنية تجيش بها
النفوس فى الوقت الحاضر ، الا أن المشروع يهيم لتحقيق هذه الأمنية
خير الوسائل وأجداها » .

« وقد أخذت الأحكام الواردة فى هذا المشروع من المشروع
المصرى - وهو فى جملة صفوة مختارة من القواعد التى استقرت فى
أرقى التقنينات الغربية - ومن القوانين العراقية الحالية وفى طليعتها
المجلة وقانون الأراضى - ومن الشريعة الاسلامية » والكترة الغالبة من

هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة دون تقييد بمذهب معين .

« ولم يأل المشروع جهداً في التنسيق بين الأحكام التي استقاها من مصدريه الأساسيين ، الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية . فاندمجت جميعاً في ضرب من الوحدة يكاد يخفى معه ازدواج المصادر وتباينها » .

وقال الأستاذ الدكتور السنهاوري الذي أسهم الى حد كبير في اعداد مشروع هذا القانون واخرجه :

« ان القانون العراقي الجديد يتميز باتجاه خاص ينفرد به عن القانون المصري الجديد وعن سائر القوانين الحديثة . فهو أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً الى جنب بقدر متساو في الكم والكيف . وهذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث . ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركبت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الروماني لم تهب عليها ريح الاصلاح الا في مرحلة أولى يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية في المجلة وفي مرشد الحيران . وها نحن الآن في مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقي الجديد وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامي الى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد . فليسنا مغالين اذا قلنا أن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أخطر التجارب في تاريخ القانون . فهذه أحكام الفقه الاسلامي قننت في نصوص واضحة ووضعت الى جانب نصوص القوانين الغربية . وبذلك تم جمع الفقه الاسلامي والقوانين الغربية على صعيد واحد . فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الاسلامي ، يوم يصبح هذا الفقه مصدراً لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدماً ورقياً » .

الفصل الثاني

استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القانون المدنى فى الدول العربية

١٣ — يبين من عرض تاريخ مختلف التقنيات المدنية النسالة الذكر أن كلا منها روعى فيه تضمينه الأحكام التى توافق المجتمع الذى وضع له والعصر الذى صدر فيه ، وذلك بوصل الحاضر بالماضى مع استهداف تطويره بما يلائم المستقبل .

فكل من التقنيات المذكورة راعت الاحتفاظ بقدر كبير من القوانين المعمول بها فى حينها ، وذلك منعا للمطفرة ومضارها ورغبة فى الاغادة من استقرار تلك القوانين بها بعد أن صقلها العمل وأوضح الاجتهاد غامضها وأكمل نقصها . وكل منها توخت بدرجات متفاوتة وصل حاضرها بماضيها وتوثيق الصلة بينه وبين تراثها القانونى العظيم متمثلا فى الفقه الإسلامى الذى ظل هو القانون العام للمعاملات قرونا طويلة فى جميع تلك البلاد حتى وضع التقنيات الحديثة بها ، بل مايزال هو القانون العام فى بعضها .

وكل منها استهدفت استيعاب تيارات التشريع العالمية والأخذ بأسباب تطويرها تقريبا للشقة بين أحكامها وأحكام تقنيات البلاد العصرية المتقدمة ، تيسيرا للتعامل والتبادل مع أهل تلك البلاد ، بعد أن أصبح العالم كله يكاد أن يكون وحدة متكاملة لا يستغنى بعضها عن بعض .

١٤ — ومن هنا كانت ضرورة استمداد تلك التقنيات العربية التى عرضنا تاريخها من مصادر ثلاثة : (١) القانون القائم ، (٢) والفقه الإسلامى ، (٣) والقانون المقارن .

أما أول هذه المصادر الثلاثة . فقد فرضته طبيعة القانون ذاتها من حيث انه كائن حي ينشأ في المجتمع بنشأته ويساير في تطوره متصلة حلقاته بعضها ببعض تمهد كل منها للآتية وتكمل اللاحقة منها السابقة وتوضحها وتطورها حتى تصل بها الى الغاية من مطابقة حاجات المجتمع في سيره المطرد نحو الرقي والتقدم .

وكان لابد من اتخاذ القانون القائم في كل بلد أساسا لوضع التقنين الجديد فيه ، حتى لا يحدث التقنين الجديد صدعا في بناء المجتمع ولا تصدم أحكامه ما ألفه الناس من أحكام القوانين السابقة . وحتى يثرى التقنين الجديد بمحصلة تجارب القوانين القائمة ليحتفظ بما ثبتت صلاحيته منها ويصلح ما ظهر في بعضها من عيب ويتيح للمستعملين بتطبيقه سندا قويا يستندون اليه في تفسيره وخبرة ثمينة من اجتهادات الفقه والقضاء السابقين في تطبيقهما تلك القوانين على المشاكل العملية المعاصرة وينهلون منها في يسر واطمئنان يجنبهم الشطط أو الدخول في خلافات غتية جديدة بعد أن تكون الخلافات التي أثارها القوانين السابقة قد حسمت واستقر الأمر بشأنها ، أثر سنين طويلة من الجدل والنقاش .

١٥ - أما المصدر الثاني : وهو الفقه الاسلامي : فقد غرض الرجوع اليه عند وضع التقنينات الحديثة في أكثر البلاد العربية أولا وقبل كل شيء أنه كان يمثل القانون القائم في تلك البلاد وقت اعداد تلك التقنينات . فوق أنه يعتبر في هذه البلاد من الحقائق التاريخية والحقائق الخالية التي برهن العلامة جيني على أنها تدخل ضمن الحقائق العلمية التي تتكون منها مادة القانون في كل مجتمع والتي لا يمكن بالتالي اغفالها عند صياغة قانون بلد ما أو تقنينه . ذلك أن الفقه الاسلامي ارتبط بتاريخ الحضارة العربية وأمدّها بالأسس القانونية التي ساعدت على ازدهارها وانتشارها بضعة قرون في ربوع أوروبا وحتى أقصى آسيا وظل هو القانون العام في البلاد العربية الى وقت قريب جدا بل لا يزال كذلك في بعضها حتى الآن . الأمر الذي يجعله قاسما مشتركا بين هذه البلاد . فضلا عن أنه

ينبثق من مثل عليا تقوم على أساس الدين الاسلامي دين الكثرة الغالبة في البلاد العربية وتمتزع فيها بأخلاق الناس وطبائهم ، مما يوجب أخذها في الاعتبار عند تقنين أحكام معاملاتهم ، يضاف الى ذلك أن هذا الفقه بلغ بفضل اجتهاد اعلامه المجتهدين شأوا عظيما من الأصالة والدقة ومن احكام النظم ، وحوى أعدادا لا تحصى من حلول المسائل ، مما جعل غقهاء الغرب يعترفون له في مؤتمراتهم الدولية بمكانة سامية بين النظم القانونية في العالم (أنظر بوجه خاص قرارات مؤتمر القانون الدولي المقارن الثاني المنعقد بلاهاي سنة ١٩٣٧ ، وسليمان مرقس في مقال باللغة الفرنسية في غضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الصفيثة . مجلة مصر القضائية L'Egypte Judiciaire ، القاهرة سنة ١٩٣٧ العدد رقم ١٥٣) •

كل هذا أوجد في مختلف المجتمعات العربية الحديثة منذ أن نهضت من ثباتها وصممت على اللحاق بالركب العالمي المتقدم وعلى استعادة مجدها الغابر شعورا عميقا بضرورة التقارب والاتحاد فيما بينها واحساسا خفيا بأن تمسك كل منها بالفقه الاسلامي — ذلك المقاسم المشترك بينها — يكون من أنجع الوسائل لتحقيق تقاربها واتحادها •

١٦ — أما المصدر الثالث — وهو القانون المقارن — فقد دعت المجتمعات العربية الحديثة الى الاستهداء به ، رغبتها في الأخذ بأسباب الرقي والتقدم التي ظهرت في قوانين البلاد الغربية الحديثة المتطورة سواء من حيث الموضوع أو من حيث الصياغة خلال قرن ونصف بعد صدور تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤ ، وذلك أولا للفادة الذاتية من تلك الأسباب ، وثانيا لتقريب الشقة بين قوانينها وقوانين تلك البلاد تيسيرا للتعامل مع أهلها •

الفصل الثالث

ضرورة التزام هذا الاتجاه العام في وضع التقنين المدني العربي الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه في هذا الاتجاه في المرحلة الحالية

١٧ - ولأن هذا الاتجاه العام الذي سارت فيه البلاد العربية التي اتخذت لها تقنيات وضعية حديثة كان اتجاها طبيعيا أملتة على كل منها ظروفها في هذه المرحلة من تاريخها ، يبدو أنه من المتعين مواصلة السير فيه عند وضع مشروع تقنين عربي موحد ، مع مواعاة تباين الأحوال بين بعض البلاد العربية وبعضها من جهة ، وتغير الظروف من جهة أخرى وفي مقدمتها ما أصبح يحتاج البلاد العربية في الوقت الحاضر من رغبة عارمة في الأخذ بأسباب الرقي للحاق بالركب العالمي المتقدم ومن ازدياد الشعور بتقوية أواصر الوحدة بينها واستعادة مجدها التالد واحياء تراثها الحضارى العظيم ، ومنه تراثها القانونى المجسم في الفقه الاسلامى .

١٨ - ونعرض فيما يلى تصورنا لامكانيات السير في هذا الاتجاه ومتطلباته ومدى ما يمكن تحقيقه بالنسبة الى كل من المصادر الثلاثة المشار اليها آنفا التى ينبغى استلهاها في وضع التقنين المدني العربى الموحد .

١٩ - (١) فيما يتعلق بالقوانين القائمة - كانت مهمة المشرعين المحليين في مختلف البلاد العربية التى اتخذت لها تقنيات حديثة رغم صعوبتها أيسر بكثير مما ستكون عليه مهمة مشروع التقنين الموحد فيما يتعلق باستمداد أحكامه من القوانين القائمة وما نسج حولها من اجتهاد فقهي وقضائي . ذلك أن كل مشروع محلى لم يكن أمامه سوى قانون واحد

يسهل عليه أن يحيط به وأن يصلح ما أظهره فيه العمل من عيب أو يكمل ما بدا فيه من نقص ثم يحله مكانه من التقنين الجديد . أما مشروع التقنين الموحد ، فإنه سيجد بين يديه تقنينات قائمة بقدر عدد البلاد التي يوضع لها التقنين الموحد . وقد تقدم أن تلك التقنينات القائمة في البلاد العربية تنقسم طوائف ومجموعات عدة تختلف فيما بينها من حيث المصدر الذي استمدت منه ، وبالتالي من حيث مادتها وصياغتها ، فضلا عن اختلاف الاجتهاد في كل منها عنه في غيرها ، الأمر الذي يعقد مهمة مشروع التقنين الموحد في الاستعداد من ذلك المصدر الأول الذي بان من الاتجاه العام السابق استخلاصه من حركة التقنين في البلاد العربية ضرورة الاعتماد عليه ، ألا وهو القانون القائم في كل من تلك البلاد .

ويمكن إجمال الصعاب التي تعترض سبيل مشروع التقنين الموحد في هذا الشأن في ثلاث :

١ — اختلاف مصادر القانون القائم في كل من البلاد العربية .

٢ — تباين الأعراف .

٣ — التباين في نظم الأموال الثابتة .

والصعوبة الناشئة من اختلاف المصادر يمكن الاستعانة في التغلب عليها بما يلي :

(أ) بالنسبة الى المجموعة الأولى من البلاد العربية ، أى التي ليست لها قانون مدنى مسطور ، بالنزول على الرغبة القوية والحاجة الملحة في سائر البلاد العربية في أن يكون لها تقنين مدنى موحد ، وليس في ذلك ضرر أو غضاضة عليها .

(ب) ثم بالنسبة اليها والى بلاد المجموعة الثانية أى التي تنظم المعاملات فيها مجلة الأحكام العدلية ، باتباع مسلك توفيقى بين أحكام

الفقه الاسلامي والأحكام المستمدة من القانون المقارن على الوجه الآتي
بيانه عند الكلام على المصدر الثاني وهو الفقه الاسلامي .

(ج) وبالنسبة الى بلاد المجموعة الثالثة بطوائفها الثلاث ، بتخير
أصلح ما في قوانين هذه البلاد وأكثره ملاءمة للمجتمع العربي في العصر
الحالي . مع تجنب التفاصيل التي يكثر في شأنها الاختلاف وتركها
للوائح أو الأعراف المحلية .

أما الصعوبة الناشئة من تباين الأعراف التي تعتبر جزءا من القانون
القائم في كل بلد ، فيمكن تفليها فيما لا يمكن توحيد من أعراف أو
تقضى المصلحة بعدم توحيد بترك تقنينه والاكتفاء بالاحالة في التقنين
الموحد على العرف المحلي في كل بلد . وقد رأينا على سبيل المثال أن
المشرع المغربي عندما نقل قانون الالتزامات والعقود عن القانون التونسي
أغفل تنظيم بعض أنواع العقود التي نظمها القانون التونسي لأنها غير
متداولة في المغرب ، فيصح أن تعتبر الأحكام المنظمة لتلك العقود أعرافا
محلية لا يتناول المشرع تقنينها ويكتفى في التقنين بالاحالة عليها .

أما الصعوبة الناشئة من تغاير نظم الأموال الثابتة واختلافها من
بلد الى آخر ، فمردها الى أن نظم الملكية العقارية تمنند جذورها الى
أصول عميقة في تاريخ كل بلد ، سواء في ذلك تاريخه السياسي أو
الاقتصادي أو الاجتماعي ، وهي ثمرة هذا التاريخ الحافل الشامل توارثها
الخلف عن السلف وأصبحت مجسمة فيما ألفه الناس في كل مجتمع من
النظر الى الأموال الثابتة وأنواع الحقوق التي تترتب عليها والتصرفات
التي يمكن أن ترد عليها ، وكثيرا ما تنشأ من هذا النظر الذي يألفه الناس
أعراف محلية .

لذلك جرى المشرعون في البلاد التي تضم أجزاء تختلف فيها نظم
الأموال الثابتة على عدم تضمين أحكام هذه الأموال تقنينها المدني ،
وإيثار الاختصار على وضع قانون الالتزامات والعقود ، كما فعلت كل

من تونس والمغرب ولبنان ، على غرار ما فعلته بعض البلاد الأوربية والآسيوية الحديثة مثل سويسرا وبولنده والصين ، وما سار عليه واضعو المشروع الفرنسى الايطالى للالتزامات والعقود فى سنة ١٩٢٩ •

ولذلك نرى أنه ربما يحسن التفكير — اقتداءً بتلك البلاد — فى تجنب هذه الصعوبة فى الوقت الحاضر بقصر التقنين المدنى العربى الموحد المزمع وضعه على الأحكام المتعلقة بالالتزامات والعقود •

٢٠ — (ب) وفيما يتعلق بالأخذ من الفقه الاسلامى :

غنى عن البيان بعد ما أسلفناه عن الفقه الاسلامى أنه لمقه عظيم يزخر بروائع الكنوز القانونية التى يصح أن يباهى بها العرب سائر الأمم والتى يستطيعون أن يجدوا فيها ما يسد حاجتهم ويفنيهم الى حد كبير عن الاقتباس من قوانين أجنبية عنهم •

وقد رأينا كيف أن المجموعة الثالثة من البلاد العربية بطوائفها الفرعية الثلاث قد درجت على الأخذ من الفقه الاسلامى بدرجات متفاوتة الى جانب ما أخذته عن القانون الفرنسى وسائر القوانين الغربية • وبينما اتجه هذه المجموعة الى استعادة الأخذ من أحكام الفقه الاسلامى : وكان قصب السبق فى ذلك للتقنين المدنى العراقى الذى جعلناه وحده يشكل طائفة قائمة بذاتها تأتى على رأس طوائف هذه المجموعة •

وبدهى أن يؤدى استمرار التطور فى هذا السبيل الى الاستزادة من الأخذ من أحكام الفقه الاسلامى عما فعله التقنين العراقى ، والى اعتبار هذا التقنين الأخير مرحلة على طريق التقنين المدنى العربى الموحد تليها مرحلة أخرى أو أكثر •

وفى هذا يقول الأستاذ السنهاورى ، بعد أن وضع مشروع التقنين المصرى الحالى وأسهم بأوغر نصيب فى مشروع التقنين العراقى الحالى :

« ... وأقذر بعد أن اجتئنا هذه المرحلة الثانية (يقصد مرحلة التقنين المدني العراقي) وبعد أن أصبح الفقه الاسلامي جنبا الى جنب في صعيد واحد أن يتكامل القانونان وأن يتفاعلا ، هذا يؤثر في ذلك ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقه لدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القانون المدني العربي . وهذه الدراسة هي التي قصدت أن أصل اليها حتى اذا أتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الاسلامي الى الحد الذي يجعله مصدرا لقانون مدني يجاري مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل ، عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود » .

ثم يرسم الأستاذ السنهاوري المنهج الذي يقترحه لدراسة الفقه الاسلامي ، قصد احيائه والنهضة به نهضة علمية صحيحة تمهيدا لاتخاذة أساسا يقوم عليه بناء التقنين العربي الموحد فيقول :

« فالأساس في هذه الدراسة أن تكون دراسة مقارنة : فيدرس الفقه الاسلامي في ضوء القانون المقارن . ويعني في هذه الدراسة بأمرين جوهرين : (أولهما) أن تدرس نشأة الفقه الاسلامي دراسة دقيقة ، فيبحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور وبخاصة في العصور التي سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة ، (والأمر الثاني) أن تدرس مذاهب الفقه الاسلامي المختلفة ، السني والشيعة والخارجي والظاهرى وغير ذلك من المذاهب ، دراسة مقارنة نستخلص منها وجوه النظر المختلفة ، ولتتركز هذه الوجوه في تيارات التفكير القانوني ، ثم تتبلور في اتجاهات عامة ، ونستكشف من وراء كل هذا قواعد الصناعة الفقهية الاسلامية ، ثم نقارن هذه الصناعة بصناعة الفقه العربي الحديث ، حتى يتضح ما بينها من الفروق ووجوه الشبه ، وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامي لا في قواعده الأساسية ومبادئه ، بل في أحكامه التفصيلية وفي تعريفاته ، فتمتد يد التطور الى هذه التفاصيل على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامي وطرق صياغته وأسلوب منطقته .

وحيث يحتاج الفقه الاسلامى الى التطور يتطور . وحيث يستطيع أن يجارى المدنية العصرية يبقى على حاله دون تغيير . وهو فى الحالين فقه اسلامى خالص لم تداخله عوامل أجنبية فتخرجه عن أصله » .

ثم يقول :

« والغاية من دراسة الفقه الاسلامى على النحو الذى قدمته هى أن تنتهى هذه الدراسة بعد عشرات من السنين الى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور المباشر ، مساهرا لروح العصر ، وتكون نهضة الفقه الاسلامى هذه شبيهة بنهضة القانون الرومانى فى العصور الوسطى ، وينبت الفقه الاسلامى قانونا مدنيا متطورا يجارى المدنية الحديثة . وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الاسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الرومانى .. » .

يبين من ذلك أن بلوغ المرحلة القصوى على طريق وضع تقنين مدنى عربى موحد منبثق من الشريعة الاسلامية يتطلب اتمام دراسة الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة دراسة مقارنة نستخلص منها وجوه النظر المختلفة واتجاهاته العامة وطرق صياغته وأساليب منطقته ، حتى يمكن مراعاة ذلك كله فيما يراد استمداده منه من نصوص تجد مكانها فى تقنين عربى موحد حديث .

ولأن هذه الدراسة لا تتم وسيستغرق اتمامها وقتا غير قصير ، ولأن الحاجة أصبحت باعتراف مجلس جامعة الدول العربية كما يبين من قراراته سالفة الذكر — ماسة التعجيل بوضع تقنين مدنى عربى موحد يكون أداة فعالة فى تحقيق الوحدة العربية المرتقبة ، فإنه ينبغى توطئ النفس على أن يكون قطع بقية الطريق فى سبيل الوصول الى وضع تقنين عربى موحد على مرحلتين بدلا من مرحلة واحدة تمهد احدهما للأخرى وهى المرحلة النهائية التى تقدمت الاشارة اليها وتكون الأولى خطوة جديدة على هذا الطريق تكمل الخطوة التى قطعها التقنين المدنى

العراقي ، وغياها يستزاد الاستعداد من أحكام الفقه الاسلامى بقدر ما تسمح به الدراسات التى تمت حتى الآن وللتى يمكن اجراؤها على نطاق مكثف فى أثناء وضع مشروع التقنين الموحد ، على أن يعاد النظر فى هذا التقنين بعد أن تتم الدراسات اللازمة للفقه الاسلامى فى ضوء ما تظهره تجربة العمل بنصوص هذا التقنين طوال الفترة التى ستستغرقها تلك الدراسات ، غياتى التقنين العربى الموحد النهائى المنبثق من أحكام الفقه الاسلامى نتيجة تدرج فى التنسيق بين أحكام هذا الفقه وأحكام القوانين القائمة المستمدة أغلبها من قوانين أجنبية وبمعد بلورة خير الحلول التى حوتها كنوز الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة واختيار أكثرها ملاءمة لحاجات المجتمع العربى المعاصر .

ومسا لا يدرك كله لا يترك كله ، وليست الفترة اللازمة لانجاز دراسات الفقه الاسلامى المشار إليها بالثىء الكثير بالقياس الى تاريخ الأمة العربية ، وانما المهم أن يخطط لتلك الدراسات وأن يبدأ فيها فوراً .

٢١ — ودير بالتقوية فى هذا الصدد من الناحية العملية أن أسلوب الفقه الاسلامى أقرب الى أسلوب الفقه الأنجلو ساكسونى منه الى أسلوب الفقه اللاتينى من حيث انه يقوم على أساس معالجة الحلول لمسائل متفرقة لا على أساس نظريات عامة ، فهو مثلاً يعالج أنواع العقود المختلفة ويضع الحلول لما يعرض من مشكل بمنااسبة كل منها ولا يحاول وضع نظرية عامة للعقد وأركانه وآثاره بصفة علمة . فاعلم مما يسهل المهمة أن يبدأ بتقنين أحكام للعقود وفى مقدمتها عقد البيع بعد دراستها الدراسة المقارنة فى مختلف المذاهب وتخير أكثرها ملاءمة لحاجات العصر الحاضر . ثم تعالج الموضوعات الأخرى تبعاً كالضمان والاثراء . الخ . ثم يشرع بعد اكتمال تقنين أحكام هذه الموضوعات المتفرقة فى استخلاص قواعد نظرية عامة منها بتقنين هذه القواعد حتى ينسبط تطبيقها على سائر الموضوعات التى لم تقن ظالماً أنه لا يوجد بشأنها نص منابر .

٢٢ — (ج) وفيما يتعلق باستلهام القانون المقارن :

أصبح استلهام القانون المقارن في وضع كل تشريع حديث ضرورة لا محيص عنها في العصر الحاضر بسبب تقدم وسائل النقل والمواصلات السلكية واللاسلكية مما أدى الى زيادة سرعة تبادل المعلومات والسلع بين أجزاء العالم كله وبالتالي الى تضاعف التعامل عدة أضعاف . سواء في المعاملات الداخلية أو في المعاملات مع الخارج . والى كثرة تشابه بين أطراف ينتمون الى بلاد وتشريعات مختلفة . الأمر الذي يوجب على كل دولة أن تراعى في وضع تشريعها ألا يصطدم مع الأصول والقواعد المرعية في تشريعات الدول الأخرى . هذا بالإضافة الى الفوائد الجمة التي يفيدها المشرع من تجارب غيره من المشرعين ومما حققوه من تقدم في مجال الفن التشريعي واتقان صياغة النصوص ومواجهة ظروف العالم المتغيرة وأنواع التعامل المستحدثة .

ولأن التقنيات العربية التي استلهمت هذا المصدر ، قد وقفت في هذا الطريق عند حد ما وصل إليه القانون المقارن قبل ثلث قرن على الإنقل ، فإنه ينبغي لمن يظلمون بوضع مشروع التقنين المدني العربي الموحد أن يستوعبوا ما جد في حقل القانون المقارن خلال هذه الحقبة الأخيرة من الزمن والى حين وضع المشروع الجديد ، حتى يأخذوا منه بما يرون ضرورة أو ملاءمة الأخذ به وإحلاله محله المناسب من ذلك المشروع .

ويدهى أن ذلك يتطلب بحثاً ودراسات ومراجع كثيرة لا تقل عما يتطلبه استلهام المصدرين السابقين .

الفصل الرابع

أسلوب العمل المقترح

٢٣ — يخلص من التجارب السابقة لمن التقنيات الكبرى ضرورة البدء بوضع مشروع تمهيدى للتقنين المقترح يعرض على هيئة أو هيئات متخصصة في مختلف النواحي التي تتصل بموضوعه .

وفيما يتعلق بوضع مشروع تمهيدى لأي تقنين سبكت الدول احدى طريقتين : (١) اما اسناده الى خبير واحد أو خبيرين مع المتفرغ التام لمدة معينة : (٢) واما اناطته بلجنة موسعة لا يشترط في أعضائها التفرغ التام .

وقد دل العمل على أن الطريقة الأولى اجدى في انجاز المشروع في وقت معقول وفي تحقيق التماسق بين مختلف أجزائه .

هذا اذا كان المشروع المطلوب اعداده مشروع تقنين لبلد واحد ، كما حدث في مصر والعراق ولبنان ، حيث يمكن أن يسند مثل هذا العمل الى خبير أو خبيرين من رجال القانون في هذا البلد أو المتخصصين في قوانينه .

أما ونحن بصدد اعداد مشروع تقنين موحد لمختلف البلاد العربية . فإن الأمر يقتضى بالضرورة اسهام خبراء في قوانين كل من هذه البلاد . وهذا هو ما اتجه اليه مجلس جامعة الدول العربية بتشكيل لجنة خبراء لوضع مشروع التقنين العربى الموحد تضم عضوا واحدا عن كل من الدول العربية الأعضاء في الجامعة .

٢٤ — ونزولا على حكم هذه الضرورة التي تفرضها طبيعة التقنين الموحد ، ورغبة في الإفادة من مزايا الطريقة الأولى سالفة الذكر التي أثبتتها التجارب السابقة ، نرى أنه يمكن التوفيق بين الطريقتين بأن تعيد لجنة الخبراء التي شكلها مجلس الجامعة من أعضاء من جميع الدول العربية الى خبير واحد أو أكثر بحيث لا يتجاوز عددهم الثلاثة اعداد المشروع التمهيدى بمساعدة أعضائها وغيرهم ممن يرى الاستعانة بهم من كل بلد عربى فى مختلف التخصصات (قانون محلى بفقهاء وقضائه أو غقه اسلامى بمذاهبه المختلفة أو قانون مقارن بفروعه المختلفة) ، على أن تنظم اجتماعات دورية أو موسمية مشتركة للجنة المذكورة والخبير أو الخبراء المسند اليهم اعداد المشروع التمهيدى ، لعرض ما يكون قد تم انجازه قبل كل اجتماع والتخطيط للمرحلة التالية وتوزيع العمل الذى تشمله الى أن يتم انجاز المشروع كله .

٢٥ — كل ذلك فى مرحلة أولى يليها مرحلة ثانية هي مرحلة عرض المشروع لاستفتاء عام على جميع المشتغلين بالقانون فى البلاد العربية فقهاء وقضاء وتشريعا ، أفرادا كانوا أم هيئات ، وتجميع ملاحظاتهم وتبويبها وتمحيصها وتنقيح المشروع التمهيدى بما يرى الأخذ به منها .

٢٦ — وفى مرحلة ثالثة يعرض المشروع بعد تنقيحه على لجنة الخبراء المشكلة بقرار مجلس الجامعة بحضور واضعى المشروع فى صورته المنقحة لمناقشته وإقراره بعد ادخال ما يرى ادخاله عليه من تعديل .

٢٧ — وفى مرحلة أخيرة يعرض المشروع الذى أقرته لجنة الخبراء سالفة الذكر على مجلس جامعة الدول العربية لإقراره وتوصية الدول الأعضاء بإصداره تمهيدا للعمل به ابتداء من تاريخ معين يحسن أن يكون تاريخا واحدا بالنسبة الى جميع الدول العربية التى تعتمد .

٢٨ — ولضمان تحقيق هذه الخطة بنجاح ينبغى :

(١) أن يختار الخبير أو الخبراء الذين يعهد اليهم باعداد المشروع

التمهيدى من كبار القانونيين العرب الذين لهم خبرة سليقة فى التشريع واطلاعا واسعا فى القوانين المدنية العربية المختلفة والمالما بالفقه الاسلامى والقانون المقارن وأهم التشريعات المدنية الأجنبية المعاصرة ، وأن يتمكنوا من التفرغ لهذا العمل •

(ب) وأن تتاح لهم الاستعانة بمعدد كاف من الخبراء أو الباحثين أو المساعدين المتخصصين فى القانون القائم فى كل بلد عربى وفى الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة وفى الاتجاهات التشريعية المعاصرة فى القانون المقارن •

(ج) وأن توفر لهم مكتبة مزودة بأهم الكتب والمراجع التى تلزمهم فى عملهم أو اعتمادات كافية لتوفير هذه الكتب والمراجع من أقرب طريق •

(د) وأن يوضع تحت تصرفهم مكتب يضم سكرتارية فنية للاضطلاع بالأعمال الفنية القانونية وسكرتارية ادارية للقيام بالأعمال الكتابية من نسخ ومراسلات واتصالات مع أعضاء لجنة الخبراء وسائر الخبراء والباحثين وغيرهم ممن يرى الاستعانة بهم فرادى أو فى الاستفتاء العام المشار اليه آنفا •

(هـ) وأن تعين مدة تقريبية لاعداد المشروع التمهيدى نقدرها بثلاث سنوات ومدة أخرى لاجراء الاستفتاء وتمجيص نتيجته واعداد المشروع النهائى فى ضوءها نقدرها بثلاث سنوات أخرى ، ومدة ثالثة لمناقشة لجنة الخبراء المشكلة بقرار مجلس الجامعة المشروع النهائى واقراره تمهيدا لاعتماده من مجلس الجامعة ، ونقدرها بسنة واحدة ، وجملة ذلك سبع سنوات •

هذا مجرد تصور مبدئى لكيفية تنفيذ المشروع المذكور معروض على لجنة الخبراء الموقرة بمثابة ورقة عمل تبسداً منها مناقشاتها لتقرر ما تراه بشأنه • والله ولى التوفيق •

دكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى

بكلية حقوق جامعة القاهرة

ثانياً - تطبيقات على الأحكام

١ - هل تعتبر محاسبة أحد الدينين المتضامنين عن نصيبه في الدين تنازلاً عن التضامن بالنسبة له (*) : الإلتزام بالتضامن من شأنه أن يجيز للدائن مطالبة أى واحد من الدينين المتضامنين بالدين بأكمله ، على أن يرجع من وفى الدين على باقى الدينين كل منهم بقدر حصته وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الميسرين (المادتان ١٠٨/١٦٢ و ١١٥/١٧١ مدنى) ، فالتضامن حق للدائن من حيث أنه يجيز له مطالبة أى واحد من الدينين بكامل الدين ، وفيه أيضاً حق آخر لكل من الدينين يخوله الرجوع على زملائه بما وفاه وزيادة عن نصيبه ومطالبة كل منهم بقدر حصته في الدين الأصلي وحصته في نصيب المعسر منهم (والتون ج ٢ ص ٤٢٥) • فيجوز للدائن أن يستعمل حقه في التضامن أو أن يتنازل عنه ويطلب كلا من الدينين بنصيبه ، وكذلك يجوز له أن يتمسك به قبل بعض الدينين وأن يتنازل عنه بالنسبة للآخرين بغير أن يكون لأولئك حق الاعتراض على التنازل عن تضامن هؤلاء ، لأن تنازل الدائن يتناول حقه وحده دون الأساس بحق الدينين بعضهم قبل بعض ، وبيان ذلك أن التنازل عن التضامن بالنسبة لأحد الدينين إما أن يصحبه وفاء ذلك الدين بنصيبه في الدين أو إبراء ذمته منه ، وأما أن لا يقترن بشئ من ذلك • فتبقى ذمة ذلك الدين مشغولة بنصيبه من الدين • ففى الحالة الأولى قد كفل القانون حق الدينين الآخرين ، إذ أوجب على الدائن أن يخصم لهم قيمة نصيب ذلك الدين في أصل الدين (المادة ١١٤/١٧٠ مدنى) ، وأجاز لهم الرجوع على ذلك الدين بقدر ما يخصه في حصة المعسر منهم بالرغم من تنازل الدائن عن التضامن بالنسبة إليه (المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى) •

وفي الحالة الثانية يكون من باب أولى للمدينين الآخرين حق الرجوع على زميلهم الذى ألقى من التضامن بقدر نصيبه فى أصل الدين وبما يخصه أيضا فى حصة المدينين المعسرين ، وهكذا يبقى حق المدينين الآخرين فى اكتساب الحالين كاملا وسليما ، فلا يقبل منهم اعتراض على تنازل الدائن عن حقه فى التضامن بالنسبة الى واحد منهم .

والأصل أن يكون التنازل عن التضامن صريحا ، غير أن القانون الفرنسى قد نص على حالات يعتبر فيها إسقاط التضامن ثابتا ضمن أحكام القانون ، كأن يقبل الدائن من أحد المدينين التضامن نصيبه فى الدين ويعطيه أيضا يذكر فيه أنه قبض منه نصيبه *pour sa part* أو يطلب الدائن أحد المدينين قضائيا بقيمة نصيبه فى الدين فيقبل المدين هذه المطالبة أو يصدر عليه حكم بها (المادة ١٢١١ مدنى فرنسى) - أو يستمر الدائن فى قبض نصيب أحد المدينين التضامنين فى قسط الدين المؤجل أو غوائدة مدة عشر سنوات متوالية (المادة ١٢١٢ مدنى فرنسى) .
والشرح فى فرنسا على أن هاتين المادتين قد أنشأتا قرائن قانونية على نية إسقاط التضامن *présomptions légales de remise de la solidarité* ولكنها قرائن قابلة لإثبات العكس ، وفوق ذلك فإن ورودها فى القانون على سبيل الحصر لا يحول دون إمكان استنباط نية التنازل عن التضامن من أية ظروف أو ملابسات أخرى متى سمحت بذلك قرائن الحال *les présomptions de fait* (جوران ج ٢ ص ٣٨٤ نبذة ٧٩٠ و ٧٩١ ، بلانيول ج ٢ ص ٢٥١ نبذة ٧٧٥) .

ولم ينقل المشرع المصرى نص المادتين ١٢١١ و ١٢١٢ مدنى فرنسى . ومع ذلك قرر الشراح فى مصر جواز حصول التنازل عن التضامن ضمنا (والتون ج ٢ ص ٤٢٣ ، هالتون ج ١ ص ٣٠٨ ، دى هلتس تحت كلمة obligations نبذة ٩٩ وما بعدها) ، وقد حكم بذلك قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية الأهلية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (المحاماة ١٧ - ٣٢٧ - ١٥٦) ، حيث قرر أن للدائن فى حالة تضامن المدينين الحق

في مطالبة كل منهم بكامل الدين ، اللهم الا اذا أسقط حقه في التضامن عن أحدهم أو عنهم جميعا صراحة أو ضمنا ، بقبوله من أحد المتعهدين التضامنين نصيبه في الدين *sa part divise* وإعطائه أيضا لا يذكر فيه أنه قبض منه نصيبه ، أو اذا استمر على قبض هذا النصيب في قسط الدين المؤجل أو فوائده لمدة خمس عشرة سنة أو باستصداره حكما عليه بهذا النصيب وحده دون باقى الدين .

وبالعكس من ذلك صدر حكم آخر عن قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الأهلية في ٣٠ مارس ١٩٣٦ (المحاماة ١٦ — ٩٦٨ — ٤٤٦) في قضية تتلخص في أن سيدة كان قد حكم لها ضد وزارتي الأوقاف والداخلية بتعويض قدره ٢٠٠ ج والمصاريف والأتعاب ، فحصلت من وزارة الأوقاف على نصف المبلغ المقضى به وتخالصت معها على ذلك ، ثم حدث أن طعنت وزارة الداخلية في الحكم بالتقضى ، فنقض الحكم . وحاولت المدعية الرجوع على وزارة الأوقاف بباقى المبلغ المقضى به . فرغضت استنادا الى تخالص السيدة معها والى أن هذا التخالص تنازل منها عن تضامنها مع وزارة الداخلية ، ثم رفض قلم المحضرين قبول الحكم للتنفيذ به على وزارة الأوقاف ، فرغضت السيدة دعوى مستعجلة طلبت فيها الحكم باستمرار تنفيذ الحكم الذى قضى لها بالتعويض ، فحكم لها قاضى الأمور المستعجلة بما طلبت ورفض اعتبار التخالص مع وزارة الأوقاف عن نصيبها اسقاطا للتضامن فيما يتعلق بها .

وقد بنى هذا الحكم الأخير على الأسباب الآتية :

١ — ان التضامن حق لا يثبت أصلا بالاستنباط من قرائن الأحوال ، فلا يجب أن يفهم التنازل عنه بالظن والشبهة بل يجب أن يكون صريحا لا يحتمل التأويل .

٢ — ان القول بسقوط التضامن ضمنا بالتخالص عن نصيب أحد المدينين التضامنين قد يؤدى الى نتيجة شاذة في علاقة المدينين التضامنين

بعضهم ببعض اذا تقاضى أحدهم حصة كل من الباقيين فيما دفعه عنهم
ثم انتهى الى آخرهم فاذا به معسرا : فان مؤدى هذا القول أنه يتمتع
عليه الرجوع بحصة المدين المعسر .

٣ — انه وان كان كل من المدينين المتضامنين ملزما بالدين بأكمله لا
يلتزم في ماله الخاص الا بحصته في مبلغ الدين ، وان كل ما يدفعه زائدا
عليها انما يدفعه بصفته وكيفا عن باقي المدينين يرجع عليهم به : فاذا
طالب الدائن أحد المدينين بحصته في الدين وتخالص معه عنها على هذا
الوجه فليس في ذلك تنازل عن التضامن ، لأن المدين وان يكن قد دفع
حصته في الدين حقا الا أنه يبقى بعد ذلك التزامه بصفته وكيفا عن باقي
المدينين .

٤ — ان القول بعكس ذلك يفترق الى منطق سليم ، فلا يفهم لماذا
يكلف الدائن بمطالبة أحد المدينين بكل الدين والا اعتبر متنازلا عن
التضامن ، والمدين في وفاء ما زاد عن حصته في الدين ليس الا وكيفا
مفروضا فيه الا يرجع عليه الا بعد الأصيل .

ونحن لا يسعنا أن نقر محكمة الأمور المستعجلة على ما ذهبت اليه
في هذا الحكم الأخير . ونرى لزاما علينا أن نناقشه في جميع أسبابه .

١ — فنحن نخالفها أولا فيما ذهبت اليه من عدم جواز سقوط
التضامن بغير نص صريح على ذلك ، لأنه اذا كان المشرع قد اشترط لقيام
التضامن نصا صريحا فذلك لأن التضامن حالة استثنائية : فيها خروج عما
يؤدى اليه تطبيق القواعد العامة ، فوجب التشديد فيه . أما اسقاط
التضامن ففيه تنازل عن ميزة استثنائية وعود الى القاعدة الأصلية فينبغي
تشجيعه ، فلا داعي لاشتراط النص عليه صراحة ، ويكفى أن يريد
الدائن ، وأن تظهر نيته في ذلك بأي شكل فيعمل بها . وقد ذكرنا أن
القانون الفرنسي جعل من بعض تصرفات الدائن قرائن قانونية على
نيته في اسقاط التضامن ، وأن الشراح أجازوا استنباط تلك النية من غير

تلك انتصرفت عن طريق قرائن الأحوال : وأن عدم نص المشرع المصرى على تلك القرائن القانونية ليس معناه أنه لا يرى عدم جواز حصول التنازل عن التضامن ضمنيا ، ولا يمنع المحاكم من الالتجاء الى قرائن الحال لتعرف نية الدائن من تصرفه والحكم بسقوط التضامن ولو لم ينص الدائن على ذلك صراحة . فاذا رجعنا الى وقائع هذه الدعوى لم نجد أدل منها على نية اسقاط التضامن ، اذ أن وزارة الأوقاف كانت تستطيع أن تمن بالانقص فى الحكم الاستثنائى كما فعلت وزارة الداخلية ، أو تنتظر على الأقل نتيجة طعن هذه الوزارة الأخيرة فتستفيد منه ، ولكنها لم تفعل وآثرت أن تدفع حصتها فى التعويض المقضى به وقبلت المدعية منها ذلك وتخالصت معها عن نصيبها ، فى غير تحفظ فيما يتعلق بالتضامن بالنسبة لباقى الدين . فكانت هذه المخالصة أشبه شئ بصلح تنازل فيه أحد الطرفين عن الطعن فى الحكم وتنازل الطرف الآخر عن التضامن ، ودلت الظروف فيما بعد على أن المدعية كانت الرابحة من هذا الصلح ، اذ لولاه لاستفادت وزارة الأوقاف من نقض الحكم الحاصل بناء على طلب وزارة الداخلية ، لأن التضامنين يمثل بعضهم بعضا فى التقاضى ، ويستفيدون جميعا من الاستئناف (نقض فرنسى ٣٠ أغسطس ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢ - ١ - ٢٧٦ ، ١٠ نوفمبر ١٨٩٠ دالوز ١٧٩٢ - ١ - ٨ سبرى ١٨٩١ - ١ - ٢٤١) أو الطعن المرفوع من أحدهم (نقض فرنسى ٤ يونيه ١٨٨٣ دالوز ١٨٨٣ - ١ - ٣٨٥ سبرى ١٨٨٤ - ١ - ١١٣ ، ٢٣ يوليه ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ - ١ - ٣٤٢ ، وأنظر بلانيول ج ٢ ص ٢٤٦ نبذة ٧٦٠) . فاما أن يعتبر التخالص مع وزارة الأوقاف صلحا وتنازلا من الطرفين فيقيدهما معا ولا يستطيع أحدهما الرجوع على الآخر بشئ ، واما أن لا يعتبر كذلك فلا يحول دون استفادة وزارة الأوقاف من نقض الحكم الحاصل بناء على طعن وزارة الداخلية ، وحينئذ لا يكون هناك دين ولا تضامن وتكون وزارة الأوقاف قد دفعت ما هو غير واجب عليها ويجوز لها الرجوع به على المدعية ، وعلى ذلك لا يكون هناك تضامن فى كلا الفرضين ، وكان يتعين على المحكمة على الأقل أن تستبط نية التنازل عن التضامن من هذه الظروف الواضحة الدلالة .

٢ - أما اعتراض المحكمة الخاص بما يترتب على التنازل عن
التضامن من نتيجة شاذة في علاقة المدينين المتضامين بعضهم ببعض .
فيلاحظ بشأنه أولا أنه لا يرد على التنازل الضمني وحده بل ينطبق أيضا
على التنازل الصريح الذي سلمت المحكمة في الاعتراض الأول بجوازه ،
وهذا وحده كاف لإبطال هذا الاعتراض ، اذ لا مبرر لاجازة المساس بحق
المدينين المتضامين في رجوع بعضهم على بعض بحصة المعسر من
اذا كان التنازل عن التضامن صريحا . وعدم اجازة ذلك اذا كان التنازل
ضمنيا . والواقع أن الحكم في كلتا الحالتين يجب أن يكون واحدا ، ويمكن
تصوره في ثلاثة حلول مختلفة ، أبعدا عن العدالة ذلك الحل الذي
تصورته المحكمة ، وذلك فوق مخالفته لنص صريح في القانون المصرى
(المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى) .

وبيان ذلك أنه اذا تنازل الدائن عن التضامن بالنسبة لأحد المدينين
المتضامين (ولنفرض عددهم ٥) ثم أعسر أحد المدينين الآخرين ، كان
لن وفى الدين الرجوع على كل من المدينين الآخرين بنصيبه فى أصل
الدين (الخمس) ، وبحصته فى نصيب المعسر (الخمس مقسما على
الأربعة الموسرين حسب التعمد الأصلى أى ١/٢٠) .

(أ) فالرأى الذى ارتأته المحكمة فى مثل هذه الحال أن يمتنع على
من وفى الدين الرجوع بحصة من أعفى من التضامن فى نصيب المعسر
(١/٢٠) . وغنى عن البيان أن فى هذا الرأى غيبا على الموفى لعدم
مساواته بزملائه المتضامين معه ، ثم لو فرضنا امكان المساواة وتوزيع
نصيب المعفى من التضامن (١/٢٠) على الثلاثة الموسرين ، فيكون فى
هذا الحل أيضا مساس بحق هؤلاء الثلاثة ، لأنه يلزمهم بأكثر مما تعهدوا
به عند التضامن فى الدين ، لاشئ الا لرغبة الدائن فى اعفاء أحد المدينين
من التضامن .

(ب) لذلك يبدو أقرب الى العدالة أن يتحمل الدائن نفسه بحصة
المدين المعفى من التضامن فى نصيب المعسر (١/٢٠) ، لأن اسقاط

التضامن من عمله ، فلا يجوز أن يحمل نتيجته لغيره . وقد كان هذا رأى بوتيه (كتاب الالتزامات نبذة ٢٧٥) . وأخذ به قانون كيبك في المادة ١١١٩ مدني .

(ج) ولكننا لا نستطيع التسليم بأن الدائن اذا ما أعفى أحد المدينين من التضامن يكون قد قصد أن يتحمل هو بحصة ذلك المدين في نصيب المعسرين ، لأنه في الغالب يكون قد أراد أن يخلص المدين من رابطة التضامن بغير أن يلحق بنفسه ضررا . ثم اذا حللنا علاقة التضامن كما بينا ذلك ورأينا فيها حقا للدائن في مطالبة كل من المدينين بكامل الدين . وحقا آخر للمدينين في رجوعهم بعضهم على بعض بنصيب كل منهم في الدين الأصلي وبحصة كل منهم في نصيب المعسرين . سهل علينا أن نرى أن اسقاط التضامن من جهة الدائن لا يرد الا على حقه هو ، ولا يمس حق المدينين في الرجوع بعضهم على بعض ، وبناء على ذلك يجوز في المثال السابق رجوع الموفى على من أعفى من التضامن بحصته في نصيب من أعسر (وهي ١/٢٠ من أصل الدين) ، وقد نص المشرع الفرنسي والمشرع المصري على ذلك صراحة (المواد ١٨٣/٢٤٦/١٢١٥) ، وجاء نصهما بأقرب الحلول الى العدالة . فما كان أغنى المحكمة عن هذا الاعتراض .

٣٥٤ — أما الاعتراضان الثالث والرابع فلا يستقيمان مع طبيعة التضامن . والغرض من انشائه . فمن المسلم به أن التضامن يجعل كلا من المتضامنين في علاقته بالدائن مدينا أصليا بكل الدين (بلانيول ج ٢ ص ٢٣٩ نبذة ٧٤١ . جوسران ج ٢ ص ٣٧٠ نبذة ٧٦٤) . والغرض من ذلك التزامه شخصيا بوفاء كل الدين بغير احالة على شركائه المتضامنين معه ، وذلك تسهلا للدائن وتوفيرا عليه في المطالبة والاجراءات . ولو صحت نظرية المحكمة في اعتبار كل واحد من المتضامنين مدينا أصليا بمقدار نصيبه فقط ووكيلا عن الآخرين في أداء باقى الدين ، وجب القول بأن كلا منهم يجوز له أن يقتصر على وفاء نصيبه من الدين واحالة الدائن على باقى المدينين . ولا يخفى أن في هذا القول اهدارا لفكرة التضامن

نفسها وتقويتها للغرض المقصود منها . وهو تمكين الدائن من مطالبة أى واحد من المدينين بكامل الدين تخلصا من تعدد المطالبات والاجراءات . نعم ان الدائن ليس مكلفا أن يستعمل هذه المزية التى يخلوها له التضامن . بل يجوز له أن يطالب كل واحد من المدينين أو أى واحد منهم بنصيبه فى الدين فقط ، ولكنه يصح أن يفرض فيه التنازل عن التضامن ما لم يحتفظ بحقه فيه ، ويكون مرجع ذلك كله الى القاضى يستنبطه من قرائن الأحوال مادام ليس فى القانون نص عليه . ولكن لا يجوز للقاضى أن يقرر بصفة مبدئية أن التضامن لا يسقط بغير نص صريح .

٢ — دعوى الضمان الفرعية ، أيجوز توجيهها من أحد المحكوم عليهم بالتضامن ضد الآخرين ؟ (*) : من المسلم به أن المحكوم عليهم بالتضامن يجوز إلزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن . على أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على باقى المحكوم عليهم كل منهم بقدر حصته . ويثبت له هذا الحق قانونا من وقت قيامه بالوفاء فعلا ، لا بمجرد الحكم عليه بالتضامن . أما قبل ذلك فلا حق له فى رجوع ، ومن باب أولى لا يجوز لأحد المدعى عليهم أن يستعمل قبل الحكم عليه حق الرجوع على باقى المدعى عليهم ، بتوجيه دعوى الضمان الفرعية اليهم ، لأن حقه فى الرجوع لم يوجد بعد ، ولأن دعوى الضمان الفرعية لا توجه الا الى خصم غير داخل فى الدعوى الأصلية ، وقد سبق أن انتقدنا حكما صادرا من محكمة النقض مخالفا لهذه المبادئ الأساسية (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ٣٣٩) .

وقد أصدرت محكمة النقض هذا العام حكما آخر سلك مذهب الحكم السابق ، فرأينا أن نشير اليه مع الاحالة على تعليقاتنا السابقة .

حصل شخص على حكم مشمول بالنفاذ المؤقت بكفالة . وقام المحضر بتنفيذ الحكم على مسؤولية الطالب ، غير أنه لم يتنبه الى عدم ايداع الكفالة ، ثم ألغى الحكم المنفذ به في الاستئناف ، وأراد المنفذ ضده المطالبة بتعويض ، ولما ظهر له أن قلم المحضرين قام بالتنفيذ مع عدم ايداع الكفالة ، رفع دعوى التعويض على طالب التنفيذ وعلى المحضر وعلى وزارة الحقانية متضامنين . فحكم له عليهم جميعا بالتضامن . غير أن الوزارة كانت قد دفعت بأن مسؤولية النفاذ المؤقت تقع على طالبه ، وبأن مسؤوليتها هي عن افعال المحضر في طلب الكفالة مسؤولية غير مباشرة مفروضة عليها قبل من وقع عليه ضرر التنفيذ لضمان حصوله على التعويض من طالب التنفيذ ، ولا تنفى أن هذا الأخير هو المسؤول أولا وآخرها عما نشأ عن التنفيذ من أضرار تستوجب التعويض ، وبناء على ذلك وجهت اليه دعوى الضمان الفرعية للحكم عليه بما تكون قد دفعته . رفضت محكمة الموضوع قبول دعوى الضمان الفرعية في هذه الظروف ، ولكن محكمة النقض ألغت حكمها فيما يتعلق بذلك : وعدلته بقبول دعوى الضمان الفرعية ، وقالت في تبرير ذلك :

« حيث ان المسؤول عن هذا التنفيذ هو طالب التنفيذ نفسه وقد نفذه عملا تحت مسؤوليته وعلى احتمال بقاءه قائما أو الغائه . أما مسؤولية المحضر الذي باشر التنفيذ كوكيل عن طالب التنفيذ وبدون التفات الى ما كان يجب عمله من مراعاة الاجراءات التي نصت عليها المادتان ٣٩٩ و ٤٠٠ من قانون المرافعات بشأن كفالة التنفيذ المعجل ، هذه المسؤولية لا تتحقق الا اذا ثبت عند التنفيذ بالتعويض على المطعون ضده الثاني المحكوم عليه أيضا والمسئول أصليا عن الضرر أنه لم يكن لديه من المال ما يفي بالسداد كله أو بعضه ، وعندئذ يحق للمحضر وللوزارة التابع هو لها عند قيام أيهما بسداد ما حكم به من التعويض الرجوع

على ه . . . الذي كان سببا في حصول الضرر المحكوم من أجله بالتعويض . »
« وحيث انه يبين مما تقدم أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون في رفضه دعوى الضمان التي وجهتها الطاعنة ضد المطعون ضده الثاني

وطلبت فيها الحكم لها بما تكون قد دفعته عنه ويتعين نقض هذا الحكم في الشق الخاص برفض دعوى الضمان مع تعديله في منطوقه والقضاء بحق رجوعها على المطعون ضده الثاني بما تكون قد سدده عنه « (نقض مدنى ١١ مارس ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ١٠٣٤ — ٥٢٦) •

ونحن لا يسعنا أن نقر محكمة النقض على ما ذهبت اليه في هذا الحكم وفي سابقه ، ونرى من الخطأ توجيه دعوى الضمان الفرعية الى خصم حاضر في الدعوى الأصلية • وكان الأصوب أن تطلب وزارة الحقانية من المحكمة أن تقرر ملزومية طالب التنفيذ بكامل التعويض وعدم ملزوميتها هي بشيء منه في علاقتها به بالرغم من قيام التضامن بينها وبينه ازاء طالب التعويض • فتحكم المحكمة بذلك ويكون حكمها أساسا لرجوع الوزارة : اذا نفذ طالب التعويض عليها وحدها دون طالب التنفيذ الملزم أصلا بالتعويض بأكمله •

٢ — أثر الاضراب في فسخ عقد العمل (*) : أجازت المادة ٤٠٤ مدنى لكل من طرفى عقد العمل المعينة مدته فسخ العقد في أى وقت أراد بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق للفسخ • وكثيرا ما يقع الفسخ عقب اضراب العمال وانقطاعهم عن العمل مدة من الزمن طالت أو قصرت ، فهل يعتبر الفسخ في هذه الحالة واقعا من جهة العامل أم من جهة رب العمل : وعلى من منهما تترتب مسؤوليته اذا كان وقوعه في وقت غير لائق ؟

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاضراب في ذاته ومهما كان الباعث عليه يعتبر فسخا لعقد العمل من جانب العامل لأنه يمنح الاستقرار في تنفيذ ذلك العقد : وبأن أثره في الفسخ لا ينفيه قصد العامل الاحتفاظ بحقه في العودة الى تنفيذ ذلك العقد مستقبلا (نقض فرنسى مدنى ١٥

مايو ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٦٩ سيري ١٩٠٨ - ١ - ٤١٧ ، ٣٨
يونيه ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٤٤٩ سيري ١٩١٢ - ١ - ١٨٥ وتطبيق
ليون كان ، عرائض ٢٨ يوليه ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص ٥٤٢ ،
مدني ٢٦ ديسمبر ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٨٠) ، وبأنه اذا رفض
رب العمل قبول العامل الذي اشترك في الاضراب فلا مسؤولية عليه في
ذلك ، ولا يمكن اعتباره فاسخا للعقد في وقت غير لائق : لأن الفسخ انما
وقع أصلا باضراب العامل .

غير أن أكثر الشراح الفرنسيين انتقدوا ما ذهب اليه المحاكم :
ورأوا في الاضراب مجرد وقف لعقد العمل لا فسخا له . لأن الفسخ عمل
ارادي يصدر عن الفاسخ بنية الفسخ ، والاضراب ليس كذلك ، اذ أن
العامل بانقطاعه عن العمل لا ينوي فسخ العقد القائم بينه وبين رب
العمل ، بل يقصد تحقيق فكرة جالت بخاطره فيما يتعلق بشروط العمل
وظروفه سواء أكانت تلك الفكرة خطأ أم صوابا ، وبناء على ذلك لا يجوز
لرب العمل اعتبار العقد منفسخا بمجرد الاضراب . والامتناع عن قبول
العامل بعد اضرابه ، والا كان امتناعه فسخا فجائيا للعقد موجبا لمسؤوليته
(بلانيول وريبير ج ٢ نبذة ١٨٩٦ مكررة ، بودري لاكتنيزي وغال ج ٢
نبذة ٢٩٦٣ ، جوسران ج ٢ نبذة ١٢٨٥ ، بيك في شرح التشريع الصناعي
نبذة ٣١٠ وما بعدها) .

وقد توسلت محكمة الأربكية الجزئية الأهلية بين الرأيين : فلا
هي أخذت برأي القضاء الفرنسي باعتبار الاضراب فاسخا للعقد ، ولا هي
اكتفت بأن ترتب عليه وقف العقد فقط كما هو رأى الشراح : بل قالت
انها ترى مبدئيا أن اضراب العامل وانقطاعه عن أداء عمله قد يعتبر من
جانبه فسخا لعقد العمل ، وبهذا لا يكون هناك وجه لمطالبة صاحب العمل
بالتعويض لا عن الفسخ الفجائي ولا عن الفسخ بدون مسوغ مشروع .
غير أنها ترى أن هذا الفسخ لا يقع الا في حالة الاضراب الذي يمتد
بحيث يظهر منه بجلاء أن العامل قد اعتبر عقده مفسوخا وأنه قد انصرف
عن العمل نهائيا . أما الاضراب الذي لا يتعدى مظهر الاعلان عن التذمر

من شروط عقد العمل بحيث تكون لدى العامل نية الرجوع الى العمل في الحال اذا تبين له عزم صاحب العمل على فصله فلا يترتب عليه الفسخ بل مجرد وقف عقد العمل (الأربكية الجزئية ٢٠ فبراير ١٩٣٦ المحاماة ١٧ - ٩١٤ - ٤٥٩) .

غير أن محاولة المحكمة الجمع بين الرأيين المتعارضين لا تكفي لدفع اعتراض الشراح الفرنسيين . إذ أن اضراب العمال يقصد به عادة الحصول على مطالب معينة ، وقد تختلف مدته طولا وقصرا . لا بحسب نية العامل العودة الى العمل أو الانصراف عنه ، بل بحسب الظروف المحيطة به . ومنها اصرار رب العمل على رفض تلك المطالب ، ومقدار أمل العمال في الوصول الى غايتهم ، وما يلقونه من مؤازرة ومعاضدة في سبيل ذلك . فامتداد الاضراب ليس دليلا على نية العامل الانصراف عن عمله بل بالعكس من ذلك يدل على شدة استمساكه بمطالبه ، وعلى احتفاظه بعمله وبنية العودة اليه من باب أولى بمجرد تحقيق هذه المطالب . بل ان هذه النية قد تذهب به الى حد الاعتداء على غيره من زملائه الذين يقبلون العمل قبل اجابة مطالبهم ، وعلى العمال المستجدين الذين يرى رب العمل تعيينهم للاستعاضة بهم عن المضرين ، فانقول بأن الاضراب اذا امتد دل على نية العامل في فسخ عقده مخالف للواقع ، ولا يمكن الأخذ به . فضلا عن ترتيب الآثار القانونية عليه .

والثابت من القضية التي فصلت فيها محكمة الأربكية أن المدعى لم يضرب عن عمله سوى يومين ، ولم يقصد بانقطاعه عنه فسخ العقد . بل مجرد التذمر من تخفيض أجره . ولكن المدعى عليه باذر الى فصله من عمله بخطاب أرسله اليه ، بغير أن يعطيه مهلة لبحث قضيته عن عمل آخر . فرأت المحكمة أحقية المدعى في مطالبة المدعى عليه بتعويض مقابل فسخ العقد فسخا فجائيا أى بغير اعطائه مهلة ، وأنكرت عليه حق المطالبة بتعويض على أساس أن المدعى عليه فسخ العقد بدون مسوغ مشروع . ذلك لأنها اعتبرت أن اضراب المدعى يعد مسوغا لفسخ العقد من ناحية المدعى عليه .

ونحن اذا أخذنا عبارة المحكمة على طاهرها خيل إلينا أنها هدمت
بينناها ما بنته باليسرى الا النذر اليسير منه ، ففي بعد أن رفضت أن
ترتب على الاضراب فسخ العقد من جانب العامل . عادت فاعتبرته
مسوغا مشروعاً لفسخ العقد من جانب رب العمل بشرط اعطاء العامل
الجهة المألوفة في أحوال الفسخ . ولا فرق بين الرأيين الا من حيث حق
التعامل في أجره عن مدة تلك المهلة . وليس هذا الفرق شيئاً مذكوراً بالنسبة
إلى حقه في الاستمرار في عمله . فالرأى الذى أخذت به المحكمة لا يختلف
في الواقع كثيراً عن ذلك الذى أنكرته .

وليس معنى هذا أننا نقصد ترجيح كفة العامل بالزام رب العمل
ببقائه في عمله بالرغم من اضرابه مهما كانت ظروف ذلك الاضراب . بل
أننا نرى أن الاضراب يصح أن يعتبر مسوغاً لفسخ العقد من جانب رب
العمل بشرط أن يكون اضراباً غير مشروع ، كأن يكون العامل غير محق
فيه أو متعسفاً أو مخطئاً في تقدير ظروفه أو متداخلاً فيما لا علاقة له
بعمله ، كما لو كان الباعث على الاضراب سياسياً : أو كأن يفاجئ رب
العمل بالاضراب بغير اخطار سابق : الخ . ففي جميع هذه الأحوال يعتبر
العامل مقصراً في تنفيذ تعهداته : ويترتب على تقصيره جواز فسخ العقد
من جانب رب العمل وفقاً للقواعد العامة (جوسران ج ٢ نبذة ١٢٨٦) .
وإذا اختار رب العمل استعمال حقه في الفسخ وجب عليه مراعاة حكم
المادة ٤٠٤ ، واعطاء العامل مهلة للبحث عن عمل آخر . إذ لا يكفي أن يكون
الفصل بمسوغ ، بل يجب أيضاً ألا يقع في وقت غير لائق .

وإذا طبقنا ذلك على وقائع القضية التى فصلت فيها محكمة الأربكية ،
تعدر علينا اعتبار اضراب العامل مدة يومين احتجاجاً على تخفيض أجره
اضراباً غير مشروع ، يترتب عليه جواز فسخ العقد من ناحية رب العمل .
بغير مسئولية عليه في ذلك لو كان قد راعى اعطاء العامل مهلة قبل
فصله ، إذ أن مثل هذا الاضراب أحق أنواع الاضراب بالمشروعية وبحمائية
القانون له ، فإذا أنكرنا عليه هذه الحماية كان أولى بنا أن نسلم بأن كل
اضراب غير مشروع ، وهو ما لم يقل به أحد قط .

ويجدر بنا أن نذكر أن المحكمة لم تفتها — فيما ذهبت اليه — النتيجة العملية في القضية التي فصلت فيها ، فميزت بين التعويض عن الفصل المفاجيء وبين التعويض عن الفسخ بغير مسوغ ، وحكمت بالأول دون الثاني ، ولو أنها اعتبرت اضراب العامل في هذه الحالة مشروعاً ، لأصبح فصله بغير مسوغ ، وتعين عليها مضاعفة مبلغ التعويض تبعاً لذلك .

٤ — تعليق على حكم القاهرة الابتدائية ١٦ يناير ١٩٥٤ بجواز رفع دعوى مبتدأة ببطالان حكم نهائى (*) :

المبادئ القانونية :

١ — انه وان كانت المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نصت على طريقة خاصة لابلاغ الدعوى الى الخصم ، فانه متى كان المدعى عليه من رجال الجيش وجب أن يكون اعلانه عن طريق النيابة لتسلمه الى قائد الوحدة التابع هولها عملاً بالمادة ١٤ فقرة ٧ مرافعات .

٢ — انه وان كان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد بسط الاجراءات لحكمة رأها المشرع وهي انتهاء الخصومات من أقرب طريق ، الا أن المشرع كان حريصاً على ألا يتصل اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الأبعد التثبت من علم طرفي الخصومة قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل . فاذا كان الثابت أن هذا الاخطار لم يصل الى المدعى فلا يمكن أن يحتج عليه بهذا الاجراء افتراضاً ، ولا تكون الدعوى قد اتصلت فعلاً بالمحكمة عن طريق الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(*) منشور في مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ١٩٥٤ ، العدد ١٦ ص ٣٢٤ وما بعدها من قسم القضاء .

٣- يترتب على عدم اعلان طلب الاخلاء الى الخصم بعد تقديمه الى قلم الكتاب بطلان الحكم الذى صدر بناء على هذا الطلب وجواز الطعن فى هذا الحكم بدعوى بطلان مبتدأة .

الموضوع :

أقام المدعى دعواه طالبا فيها الحكم ببطلان صحيفة الدعوى والحكم الصادر فى القضية رقم ١١٧٤ سنة ١٩٥٢ كلى مصر (دائرة رابعة ايجارات) واعتباره كأن لم يكن . وكان الحكم المذكور قد قضى باخلاء المدعى من الشقة التى يسكنها دون أن تكون صحيفة افتتاح الدعوى قد أعلنت اليه تمكيناً له من ابداء دفاعه بالجلسة .

المحكمة :

وحيث انه يبين من الاطلاع على القضية المضمومة رقم ١١٧٤ سنة ١٩٥٢ كلى مصر أن المدعى عليه (المدعى فى الدعوى الحالية) من رجال الجيش ، ولذلك فان اعلانه يكون من طريق النيابة لتسلمه الى قائد الوحدة التابع لها عملاً بالمادة ١٤/٧ مرافعات الا أن النيابة ردت الأوراق دون اعلان وذلك لعدم الاستدلال على اسم الضابط المراد اعلانه .

وحيث ان المدعى عليه رفع الدعوى بقوله ان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نظم الاجراءات التى تتبع فى رفع هذه الدعاوى بالمادة ١٥ منه وهو طلب يقدم الى قلم الكتاب الذى يقوم بابلاغ طرفى الخصومة تاريخ الجلسة بعد أن يرغمه الى رئيس الدائرة ، وأنه مفهوم من هذا النص أن الطلب الذى يقدم لا يعتبر ورقة من أوراق المحضرين وأنه اذا كانت المحكمة قد كلفت المدعى باعلان المدعى عليه فان هذا يعد تزييذا لا يقدر فى صحة اجراءات الدعوى مادام الاخطار المنصوص عليه فى المادة ١٥ قد تم صحيحا .

وحيث ان المحكمة لا تستطيع مجازاة المدعى عليه في دفاعه للأسباب الآتية :

(أولا) انه وان كان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ — قد بسط الاجراءات لحكمة رآها المشرع وهي انتهاء الخصومات من أقرب طريق الا أن المشرع كان حريصا على ألا يتصل اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الا بعد التثبت من علم طرفي الخصومة بمضمون الطلب وتاريخ الجلسة وذلك بابلاغ يقوم به قلم الكتاب لطرفي الخصومة قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل . فاذا كان الثابت أن هذا الاخطار لم يصل الى المدعى فلا يمكن أن يحتج عليه بهذا الاجراء ، ففترضنا ، ولا تكون الدعوى قد اتصلت فعلا بالمحكمة عن طريق الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(ثانيا) ان المادة ٧ مرافعات تقضى بأن كل اعلان أو تنبيه أو اخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فاذا لم تعلن الورقة الى الخصم بواسطة المحضر وبالطريق القانوني فالقانون يفترض عدم علم الخصم بما تضمنته ولو ثبت بصورة قاطعة تسرب مضمونها الى علمه بطريقة لا تقبل الشك .

(ثالثا) ان الثابت من الأوراق أن المدعى عليه وقد ايقن أن الأخطار المنصوص عليه في المادة ١٥ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يصل الى المدعى ، فقد تكفل بنفسه ايصال الاعلان اليه بالطرق المعتادة المنصوص عليها في قانون المرافعات الا أنه لم يقبل أو بمعنى أوضح أن الاعلان لم يصح كما هو واضح من كتاب النيابة اذ أن الاعلان قد وقف عند استلام النيابة له ولم يسلم الى قائد الوحدة التابع لها المدعى باعتباره من رجال الجيش لعدم الاستدلال عليه ومن ثم فلا يعتبر هذا الاعلان صحيحا ولا يضار به المدعى .

(رابعا) انه لا يجدى المدعى عليه تقدم المدعى بشكوى ادارية شرح فيها المدعى انتفاء حالة الضرورة وذلك لأن المادة ٢٦ مرافعات تنص على أنه يزول البطلان اذا نزل عنه من شرع لمصلحته أو اذا رد على الاجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحا أو قام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام اذ أنه ليس فى تقديم الشكوى المذكورة ما يفيد علم المدعى بالدعوى التى يطلب بطلان الحكم الصادر فيها .

وحيث انه لما تقدم تكون دعوى المدعى صحيحة ويتعين الحكم ببطلان الحكم الصادر فى القضية رقم ١١٧٤ لسنة ١٩٢٥ .

(محكمة القاهرة الابتدائية ، الدائرة الرابعة ايجارات برياسة القاضي كامل سيدهم وعضوية القاضيين محمود منتصر وعبد المنعم الغرابلى . القضية ١٧٩ سنة ١٩٥٣) .

تطبيق : قرر هذا الحكم ثلاثة مبادئ فى غاية الأهمية : (١) انه فى المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يتعين اذا كان المدعى عليه من رجال الجيش ابلاغه بالطلب الذى ترفع به الدعوى من طريق النيابة ورئاسة الوحدة التابع هو لها وفقا للمادة ١٤ / ٧ مرافعات (*) ، (٢) انه اذا لم يصل اليه هذا الابلاغ المذكور قبيل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل تكون الاجراءات باطلة ويستتبع بطلانها بطلان الحكم ، (٣) انه متى وقع الحكم باطلا جاز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة .

١ - أما عن المبدأ الأول فنرى أنه محل نظر ، لأن نص المادة ٧

(*) يضاف الى ذلك ان قضاء النقض اقتضى فى ذلك ان يكون الخصم يعلم علما يقينيا يكون خصمه من رجال الجيش (نقض مدنى ١٠ مايو فى الطعن رقم ٣٥٨ سنة ٤٩ ق ، و ١٥ فبراير ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ - ٤٨٤ - ٩٥ ، ١٥ مارس ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ - ٧٥٦ - ١٤٩ ، و ١٦ نوفمبر ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٦٩٣ - ٢٩١) .

مرافعات الذى يقضى بأن كل اعلان أو تنبيه أو اخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك قد قرر قاعدة عامة واستثنى منها الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون الاعلان أو الاخبار أو الابلاغ بطريق آخر غير طريق المحضرين ، ولأن حكم المادة ١٤ فقرة ٧ الخاصة بطريقة تسليم رجال الجيش صورة الاعلان الذى يوجه اليهم عن طريق المحضرين لا يسرى فى الأحوال المستثناة انتهى يتم فيها الاعلان دون واسطة محضر ، ولأن المادة ١٥ فقرة ثالثة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد رسمت طريقا خاصا لاعلان صحف الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون هو أن « يقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفي الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول » . وقد جاءت عبارة هذه المادة فى صيغة واضحة مطلقة ليس فيها ذكر للمحضرين ولا إحالة على القواعد الخاصة بالأوراق التى تعلن من طريقهم ولا تقيد لها بأحكام قانون المرافعات ، مما يدل على أن المشرع قصد استثناء الاعلانات الخاصة بهذا النوع من الدعاوى من أحكام قانون المرافعات المتعلقة باعلان أوراق المحضرين ، وبالتالي فإن اعلان رجال الجيش وغيرهم بالدعاوى الناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بكفى فيه أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول يرسله اليهم قلم كتاب المحكمة .

ومن الغريب أن يكفى الحكم موضوع هذا التعليق فى ابلاغ الخصم بالطلب الذى ترفع به الدعوى ولو كان هذا الخصم من رجال الجيش أن يصل الى علمه قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل وفقا لحكم المادة ١٥ من قانون ايجار الأماكن وأن لا يشترط اعلانه قبل الجلسة بثمانية أيام كما يقضى بذلك قانون المرافعات ثم لا بكفى فى هذا الابلاغ بأن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول كما تقتضى به تلك المادة ذاتها وأن يتطلب أن يكون ذلك الابلاغ من طريق المحضرين وأن تسلّم صورة الاعلان الى النيابة لتسليمها الى قائد الوحدة التى يتبعها المعلن اليه وفقا لأحكام قانون المرافعات . وفيما عدا ذلك غانا نقر الحكم

موضوع التعليق على اعتبار ابلاغ الخصم بمضمون الطلب الذي ترفع به الدعوى اجراء جوهريا يترتب على عدم حصوله بطلان الحكم . لأن الدعوى لا تتصل بالمحكمة ولا يعتبر الموضوع معروضا عليها فيما يتعلق بالمدعى عليه الا اذا أخطر هذا بمضمون الدعوى وبالجلسة المحددة فلنظرها وكلف الحضور أمام المحكمة لسماع الحكم في موضوعها . وقد نصت المادة ٩٥ مرافعات على أنه اذا لم يحضر المدعى عليه الجلسة الأولى حكمت المحكمة في غيبته بعد التحقق من صحة اعلانه . فجعلت شرط جواز الحكم في غيبة المدعى عليه التحقق من صحة اعلانه . فاذا لم يكن المدعى عليه قد أعلن اعلانا صحيحا وجب تأجيل الجلسة لإعادة اعلانه ولم يجز الحكم في غيبته والا وقع الحكم باطلا .

٣ — أما جواز الطعن في هذا الحكم بدعوى بطلان مبتدأة ، فمسألة في غاية الدقة . ذلك أن الأحكام التي تصدر في المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون ايجار الأماكُن هي بنص القانون المذكور أحكام نهائية غير قابلة لأى طعن . وقد قرر المشرع ذلك رغبة منه في سرعة حسم هذه المنازعات واستقرار العلاقات بشأنها بين المؤجرين والمستأجرين . غير أن لذلك خطورة تظهر بوجه خاص فيما لو وقع الحكم باطلا لأى سبب من أسباب البطلان كما في الحالة التي صدر فيها الحكم موضوع التعليق أى حالة عدم اعلان الخصم بمضمون الدعوى وبتأريخ الجلسة . فان هذا الحكم يكون باطلا قانونا ومع ذلك فلا يجوز فيه بنص التشريع الاستثنائى أى طعن . أفىكون معنى ذلك أنه يجب تنفيذه بالرغم من التسليم بوقوعه باطلا ؟ أم انه لابد من طريقة لابطاله ومنع تنفيذه احتراماً للقانون الذى خولف والذى استوجبت مخالفته بطلان الحكم ؟ واذا كانت الطرق المقررة للطعن في الأحكام عادية كانت تلك الطرق أو غير عادية ممنوعة بنص القانون أفيمكن الالتجاء في ذلك الى رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم كما ترفع دعوى بطلان أى عقد من العقود ؟

اننا نقدر ذقة موقف المحاكم من هذه الأسئلة ونرى فيها تفسير ما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من اجازة الطعن في الحكم الباطل

بدعوى مبتدأة كما يجوز ذلك في العقد الباطل - ولو أنه لا يسعنا اقراره .
ذلك أن الحكم قد نظر الى مصلحة المدعى عليه والى ما تقتضيه العدالة
من عدم تنفيذ حكم صادر ضده مشوب بعبج جوهرى يستتبع بطلانه .
ولكن حماية المصلحة الخاصة وتحقيق العدالة ليسا هدف القانون
الوحيدين . وانما يهدف القانون قبل كل شئ الى الموازنة بين المصالح
المتعارضة وتغليب الأهم منها على المهم . ولا شك فى أن مصلحة المحكوم
ضده بحكم باطل فى عدم تنفيذ هذا الحكم مصلحة جديرة بالرعاية ولكن
أهم منها المصلحة العامة فى احترام الأحكام النهائية وعدم جواز المنازعة
فى صحتها بعد أن تصدر نهائية ، لأن فتح الباب للمنازعة فى ذلك بدعوى
مبتدأة يجعل المنازعات لا تنتهى عند حد بل تدور فى حلقة مفرغة فكلما
استنفدت طرق الطعن فى حكم ترفع عنه دعوى بطلان مبتدأة وتتبع
فى الحكم الذى يصدر فيها سلسلة الطعون المختلفة وتصدر فيها أحكام
عدة . ثم ترفع دعوى بطلان مبتدأة عن كل هذه الأحكام وهكذا دواليك .
وظاهر أن ذلك ليس فى مصلحة العدالة أو استقرار التعامل وأنه لا يساعد
الا المشاغبين ولا يمكن لأى قانون أن يسيغه لأن المصلحة العامة تقتضى
وضع حد للمنازعات ولو كان من شأن ذلك تضييع المصالح الخاصة لبعض
الأفراد فى حالات نادرة كالحالة التى نحن بصدها الآن (أنظر فى هذا
المعنى كتابنا فى شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ص
٢٤٨) .

وقد حاولت محكمة مصر فى حكم سابق لها أن تضع المسألة وضما
قانونيا بحثا بحيث يبدو أنها لا تتأثر فيه بمصلحة المحكوم ضده أو
بشعور العدالة فحسب فقالت فى ٢٧ فبراير ١٩٥٣ انه لا محل مطلقا للقول
بأن دعوى البطلان الأصلية لا ترفع أمام دائرة الايجارات المشكلة طبقا
للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بحجة أنها قد استنفدت ولايتها بالحكم
نهائيا فى موضوع النزاع وهو حكم غير قابل لأى طعن بنص المادة ١٥
من القانون المذكور ، لا محل مطلقا لهذا القول ، لأن صدور الحكم الذى
تستنفد به هذه المحكمة ولايتها يشترط فيه صحة الاجراءات المتبعة فيه

من وجهة نظرهما . فضلا عن أن موضوع دعوى البطالان يختلف عن موضوع النزاع الأصلي الصادر فيه الحكم المطعون فيه ، وهو ما لم ينص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تحريم نظره ، وعلى ذلك تكون دعوى البطالان الأصلية مقبولة أمام هذه الدوائر (المصاماة ٣٣ - ١٣٠٠ - ٥٦٣) .

وعندى أن هذه المحاولة - بالرغم مما يحدوها من شعور طيب ومما تذعرت به من حجج خالصة - ليست موفقة من الناحية القانونية ويسهل دحضها ، ذلك أن القول بعدم جواز الطعن في الأحكام بدعوى بطلان مبتدأة لا يستند الى استنفاد المحكمة ولايتها ولا الى حجية الأحكام والى الدفع بسبق الفصل حتى يمكن دحضه بما أورده هذا الحكم الأخير من حجج ، وانما هو يستند كما قدمنا الى المصلحة العامة في وضع حد للمنازعات ، وفي اعتبار الحكم النهائي عنوانا نهائيا للحقيقة القضائية (أنظر كتابنا في أصول الاثبات الطبعة الثانية سنة ١٩٤٤ ص ٢٨٠ وما بعدها) .

ولذلك يكاد فقه المرافعات يجمع على أنه لا يجوز الطعن في الأحكام بدعوى بطلان مبتدأة أو بدفع ولو كان الحكم باطلا لعب شكلي فيه متعلق باصداره أو تحريره أو تشكيل المحكمة التي أصدرته أو البيانات الواجب ذكرها فيه أو كان مبنيا على اجراء باطل لم يسقط الحق في طلب ابطاله (محمد حامد فهمي في المرافعات سنة ١٩٤٠ ص ٤٦٥ نبذة ٦٤٦ - عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات سنة ١٩٥٠ ص ٥٣٣ نبذة ٣٨٨ ، العشماوي في المرافعات ج ٢ رقم ٧٦٥ - ٧٦٧ والمراجع المشار اليها فيه) .

غير أن بعض الشراح والأحكام يفرقون بين الأحكام الباطلة والأحكام المنعقدة ، ويقولون ان الأخيرة ليست لها صفة الأحكام ولا خصائصها ومن ثم يجوز طلب الحكم ببطلانها كالحكم الذي يصدر من شخص زالت عنه ولاية القضاء أو من هيئة مكونة من قاضيين بدلا من ثلاثة قضاة والحكم الذي لا يوقع عليه رئيس الهيئة التي أصدرته ولا كاتبها والحكم

الذى يصدر على شخص توفى أثناء سير الخصومة (الشرقاوى فى المرجع السابق - والمشمأوى فى نبذة ٧٦٦ هامش ص ٥٤٢) .

وقد قررت محكمة القضاء الادارى فى ٥ ديسمبر ١٩٥١ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ٦ - ١١١ - ٥٠) المبدأ الذى ندافع عنه وأشارت الى التفرقة التى يقول بها هذا الفريق الأخير من التراح (*) ولو أنها كانت فى غنى عن هذه الاشارة بعد أن قطعت بأن الحكم الذى كان مطلوباً منها تقرير بطلانه لم يكن حكماً معدوماً وانما كان من الأحكام التى تعتبر باطلاً فحسب : أى أنه على أحسن الفروض لم يكن يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة (أنظر هذا الحكم فى كتابنا شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٤٩) وكذلك الحال فى الحكم الذى صدر بشأنه الحكم موضوع هذا التعليق لأن صدور الحكم دون اعلان الخصم ان كان يجعل الحكم باطلاً فإنه لا يسمح باعتباره معدوماً وبالتالي لا يجيز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة .

٥ - تطبيق على حكم مصر الابتدائية (عمال) فى حق رب العمل فى إعادة تنظيم عمله بسبب أزمة اقتصادية وحقه فى فصل العمال لهذا السبب (*) :

(*) يضاف أيضاً ١٨ فبراير ١٩٦١ فى الطعن رقم ٧٧ سنة ٥ ق ، و ٢١ نوفمبر ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٥٠٤ سنة ١٤ ق ، و ١٧ يونيو ١٩٧١ فى الطعن رقم ٥٩٢ سنة ٢٤ ق ، و ٧ يونيو ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٥٣٧ سنة ٢٢ ق منشورة فى مجموعة المبادئ القانونية التى أقرتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ علماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثانى ارقام ٤١٠ و ٤١٢ و ٤١٣ . وايضاً نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٦٧ فى الطعن رقم ٢١٦ سنة ٢٣ ق مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٩٧ - ١٤٩ ، و ٧ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ٣١١ - ٤٩ ، و ١٣ أبريل ١٩٧٧ فى الطعن رقم ١٦ سنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٩٦٢ - ١٦٤ ، و ٢٧ أبريل ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ١٠٦٠ - ١٨٢ و ١٤ فبراير ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠ - ١ - ٥٢٠ - ١٠٠ .

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة (١٩٥٣ / ١٩٥٤) ص ٣٩ وما بعدها من قسم القضاء .

(ابتدائي القاهرة في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢) :

(أ) عقد العمل — حق رب العمل في تنظيم عمله — فصل بعض العمال واصابتهم بضرر من ذلك — لا مسئولية الا اذا كان الفصل غير مشروع (المادة ٥ معنى) .

(ب) حق العامل المفضل دون مبرر — التعويض فقط عن الفصل التعسفي — لا حق له في اعادته الى عمله .

(ج) أزمة اقتصادية — ضرورة ملجئة للاقتصاد في الوظائف — فصل مشروع .

المبادئ القانونية :

١ — ان الأصل في التشريع هو أن رب العمل في سبيل ادارة عمله مطلق الارادة في تشغيل من يشاء وفصل من يشاء ولا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر مادام أنه استعمل حقه استعمالا مشروعاً . وهذا هو المبدأ الذي أورده المشرع بالمادة ٤ من القانون المدني لا يحد من ذلك الا القيود التي نص عليها المشرع بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر .

٢ — اذا تم الفصل في احدى الحالات المذكورة في المادة ٥ فان حق العامل المضرور يتحصل في تعويض . له أن يطالب به ، وتقدره المحكمة حسب الأحوال نفاذاً لنص المادة ١٦٣ من القانون المدني ، ولا يكون للعامل الحق في طلب الغاء فصله واعادته الى عمله الا اذا كان فصله مكونا للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن نقابات العمال .

٣ — اذا ساءت الحالة الاقتصادية في البلاد وأدت الى ركود بعض الأعمال والى اضطراب أصحاب الأعمال الى إيقافها أو التخفيف منها ، فلا

يعتبر استغناء صاحب العمل عن بعض عماله في هذه الحالة غصلا تعسفيا مادام لم يثبت العامل المفصول بدليل قاطع وجود هذا التعسف .

تطبيق : ١ - ان عقد العمل غير معين المدة يجوز لكل من عاقيه انهاءه بشرط اخطار العاقد الآخر برغبته في ذلك واماله مدة معينة يتدبر امره فيها (المادة ٦٩٤ فقرة ثانية مدنى) ، ويعتبر تخويل العاقدين هذا الحق متعلقا بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه ، لأن ذلك يجعل العقد مؤبدا ، ويتضمن النزول عن حرية العمل : وهى من الحقوق العامة التى لا يجوز النزول عنها .

وبناء على ذلك يكون لرب العمل في عقد العمل غير معين المدة حق انتهاء العقد ، أى حق فصل العامل : بشرطين اثنين فقط : أولهما مستمد من طبيعة عقد العمل ومن النصوص الخاصة بهذا العقد وهو ضرورة اخطار العامل بذلك قبل تاريخ فصله بشهر واحد بالنسبة الى العمال المعينين بأجر شهرى وبسبعة أيام بالنسبة الى العمال الآخرين (المادة ٣٦ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فى شأن عقد العمل الفردى) . والثانى مشترك بين جميع أنواع الحقوق وهو أن لا يكون استعمال الحق غير مشروع (المادة ٥ مدنى) .

فاذا أخطر رب العمل العامل بفصله وأمهله المدة القانونية . ولم يكن متعسفا فى فصله ، لم يسأل عن الأضرار التى تصيب العامل بسبب انتهاء عقده أو فصله من عمله ، لأن المرء لا يسأل عن الأضرار التى تصيب الغير من استعماله حقا له استعمالا مشروعا (المادة ٤ مدنى) . وغاية الأمر أنه يلتزم بمنح العامل مكافأة عن مدة خدمته تحسب طبقا للقواعد التى وضعتها لذلك المادة ٣٧ من قانون عقد العمل الفردى المذكور .

أما اذا استعمل رب العمل حقه فى فصل العامل دون مراعاة شروط الاخطار فى المدة المعينة فى المادة ٣٦ من ذلك القانون ، ألزم أن يؤدى الى العامل تعويضا مساويا لأجر العامل عن مدة المهلة أو الجزء الباقي

منها (المادة ٣٦ غقرة ثانية من قانون عقد العمل الفردى والمادة ٦٩٥ غقرة أولى مدنى) .

وإذا استعمل رب العمل حق الفصل استعمالا غير مشروع . أى استعمالا يدخل فى أحد الأنواع التى نصت عليها المادة ٥ مدنى . كان استعماله اياه استعمالا خاطئا . فإذا ترتب عليه ضرر للعامل . اعتبر فعلا ضارا يستوجب مساءلة رب العمل على أساس المادة ١٦٣ المقررة للمسئولية التقصيرية .

ويثبت للعامل فى هذه الحالة الحق فى التعويض عن الفصل المكون للفعل الضار . سواء كان رب العمل قد راعى فى هذا الفصل شرط الاخطار فى المدة القانونية أو لم يراعه .

وبناء على ذلك يمكن أن يثبت للعامل حقوق حقه فى المكافأة عن مدة خدمته المقررة له بمقتضى المادة ٣٦ من قانون عقد العمل الفردى الحق فى التعويض عن عدم الاخطار والحق فى التعويض عن اساءة استعمال الحق فى الفصل أو أحد هذين الحقين فقط دون الآخر .

وقد نصت على ذلك المادة ٦٩٥ غقرة ثانية مدنى حيث قررت أنه « اذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر . انى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة الاخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا . ويعتبر الفصل تعسفيا اذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل : أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل تد التزم بها للغير » .

ومن جهة أخرى نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الخاص بعقد العمل الفردى على أنه « اذا فسخ العقد بلا مبرر كان للطرف الذى أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق فى تعويض تقدره المحكمة ... » . ولكن المشرع لم يعرف الفسخ الذى يعتبر بلا مبرر ولم

تبين المذكرة الايضاحية ذلك . فجاز التساؤل عما اذا كان الفسخ بلا مبرر هو الفسخ التعسفى الذى نصت عليه المادة ٦٩٥ مدنى (أى اساءة استعمال حق الفسخ) أم شيئاً آخر : وعما اذا كان يقع على العامل المفسول عبء اثبات أن الفسخ حدث دون مبرر كما يقع عليه عبء اثبات التعسف فى استعمال حق الفسخ أم أن هذا العبء يقع على رب العمل بمعنى أنه يكون هو المكلف اثبات مبرر الفسخ .

أما قصد المشرع بالفسخ دون مبرر فيمكن الاستدلال عليه من المادة ٣٠ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ ذاته ومن الأعمال التحضيرية للقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ ومن أحكام القضاء السابقة على ذلك والتي قصد المشرع تقنينها فى التشريعين سالفى الذكر .

فالمادة ٣٠ فقرة ثانية من القانون رقم ٣١٧ اسنة ١٩٥٢ تنص على أنه « اذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضى ببراءته وجبت اعادته الى عمله : والا اعتبرت عدم اعادته فصلاً تعسفياً ينطبق عليه حكم المادة ٣٩ » ، مما يدل على أن المقصود بالفسخ دون مبرر المذكور فى المادة ٣٩ انما هو فى واقع الأمر الفصل التعسفى الذى نصت المادة ٣٠ على احدى صوره والذى قررت المادة ٦٩٥ فقرة ثانية مدنى جزاءه بوجه عام ثم خصت بالذكر بعض صوره الأخرى (فى هذا المعنى الأستاذ على العريف فى شرح قانون عقد العمل الفردى سنة ١٩٥٣ ص ١٣٣) .

ومما يؤيد ذلك أيضا أن عبارة الفسخ بلا مبرر الواردة فى المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نقلت حرفياً عن نص المادة ٢٢ فقرة ثالثة من القانون السابق رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ ، ولكن أصل هذه الفقرة الأخيرة فى المشروع الذى كانت الحكومة قد قدمته للبرلمان كان يقضى بأنه « يجوز أن يمنح الطرف الذى أصابه ضرر من اساءة استعمال حق الفسخ تعويضاً تقدره المحكمة ٠٠٠ » غاترض أصحاب الأعمال على هذا التعبير بمقولة انه يفتح باب التقاضى على مصراعيه ، فعُدل المشروع

في البرلمان دون مناقشة الى النص الذي ورد في القانون وهو المفسوخ به
مبرر (أنظر في ذلك راغب بطرس في شرح قانون عقد العمل ص ١٧٠ .
وأنظر على العريف في شرح قانون عقد العمل الفردي ص ١٢٤ ، زكي
بدوي في شرح تشريع العمل في مصر ص ١١٢ ، حامد زكي في ايجاز
الأشياء وايجاز العمل طبعة ١٩٤٥ ص ١٥٢) .

ومن قبل ذلك كانت المحاكم قد مهدت الطريق للمشرع بالتوسع في
تطبيق حكم المادة ٤٠٤/٤٩٢ مدني قديم التي كانت تنص على « الفصل
في وقت غير لائق » ، فجعلت هذه العبارة تشمل فوق حالة الفصل دون
اخطار حالة الفصل دور مبرر *renvoi injustifié* وكانت تقصد بالحالة
الأخيرة حالة الفصل التعسفي أو إساءة استعمال حق الفصل .

ومن هذا القليل ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة باطراد من
أنه « في أحوال الفصل دون مبرر يكون أساس التعويض إساءة رب
العمل استعمال حقه في فصل العامل » (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر
١٩٢٨ الجيلتان س ٤١ ص ٤٠ ، ٨ ديسمبر ١٩٣١ الغازيت ٢٢ ص ٣٨٧
رقم ٤١٢ ، ١١ يناير ١٩٣٣ ، أول فبراير ١٩٣٣ : ٢٩ مارس ١٩٣٣ . ٣٠
مايو ١٩٣٣ : ١٨ أبريل ١٩٣٤ خمسة أحكام في غازيت المحاكم المختلطة
٢٤ ص ٤١٣ رقم ٤٧٦ وما بعدها . وفي هذا المعنى أيضا بحث للأستاذ
لوسيان باروا في العدد ذاته من مجلة الغازيت المذكورة ص ٤٠١ وما
بعدها) .

وما قضت به محكمة استئناف القاهرة من « أن القضاء جعل الفصل
في وقت غير لائق يشمل أيضا الفصل بدون سبب وأن أساس التعويض
في هذه الحالة الأخيرة إساءة استعمال الحق من جانب السيد » .
(استئناف مصر ٢٨ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة س ١٢ ص ٩٧٧ رقم ٤٨٧ .
٨ مارس ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٣١١ رقم ١١٩ ، الاسكندرية ٣٠ يناير
١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٦٢ رقم ٧٩) .

اذلك نرى أن حكم محكمة القاهرة لشئون العمال محل هذا التعليق قد أصاب كبد الحقيقة اذ قرر أن الأمل أن رب العمل مطلق الحرية في فصل العامل وأنه لا يسأل عما ينشأ عن ذلك من ضرر مادام أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً . وأن هذا هو المبدأ الذى أورده المشرع بالمادة ٤ من القانون المدنى لا يجد منه الا القيود التى نص عليها المشرع بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر . وهى المادة التى بينت الأحوال التى يعتبر فيها استعمال الحق استعمالاً غير مشروع . (تارن فى هذا المعنى أيضاً استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٢٨٠ رقم ٥٥٨) .

٣- وحتى أصبح مسلماً أن رب العمل لا يسأل عن فصل العامل الا اذا استعمل حقه فى ذلك استعمالاً غير مشروع . وأن المسئولية عن الفصل دون مبرر ليست شيئاً آخر سوى ذلك ، صار من السهل تعيين الأحوال التى يسأل فيها رب العمل عن استعماله حق الفصل وتحديد من يقع عليه عبء الاثبات وبيان ما يترتب على فصل العامل فصلاً غير مشروع من حقوق للآخر .

ولقد فصل الحكم موضوع هذا التعليق فى جميع هذه المسائل بعبارة موجزة صريحة موفقة كل التوفيق ، فقرر أولاً أن رب العمل لا يسأل الا اذا تم الفصل فى احدى الحالات المذكورة فى المادة ٥ مدنى وهى (أ) حالة استعمال حق الفصل لمجرد الاضرار بالعامل المفضول (ب) حالة الفصل لتحقيق مصالح قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع مصالح العامل المفضول من ضرر بسبب فصله (ج) حالة الفصل لتحقيق مصالح غير مشروعة .

وقرر الحكم ثانياً أنه اذا تم الفصل فى احدى الحالات المذكورة ، فإنه يخول العامل المفضول الحق فى التعويض طبقاً للمادة ١٦٣ ، ومعنى ذلك أن الفصل فى هذه الحالات يستتبع مسئولية رب العمل مسئولية تقصيرية ، وهو مطابق لما انعقد عليه اجماع الفقهاء والقضاء من أن المسئولية عن اساءة استعمال الحقوق . حتى ما كان منها ناشئاً عن عقود ،

تعتبر مسئولية تقصيرية (في هذا المعنى السهوى في الوسيط ص ٨٤٣ نبذة ٥٥٨ : مازو ج ١ نبذة ٥٥٩ ، نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٢٥٩ رقم ١٤٤) .

ويستتبع اعتبار هذه المسئولية تقصيرية خضوعها للقواعد العامة في الاثبات ، وهي تقضى بأن على مدعى المسئولية وهو العامل المفصول في هذه الحالة أن يثبت : (١) ما أصابه من ضرر ، (٢) وخطأ رب العمل في فصله أى أن رب العمل قد استعمل حقه في فصل العامل استعمالا غير مشروع يندرج تحت احدى الحالات المذكورة في المادة ٥ ، (٣) وعلاقة السببية بين ما أصابه من ضرر واساءة استعمال رب العمل حقه في الفصل .

وبذلك يعتبر الحكم محل هذا التعليق أنه قد فصل في خلاف طال أمده في القانون الفرنسى بشأن من يقع عليه عبء اثبات اساءة استعمال حق الفصل ، حتى اقتضى تدخل المشرع الفرنسى غير مرة ، فأخذ هذا الحكم في ذلك بما تقضى به القواعد العامة وما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من الزام العامل الذى يدعى بمسئولية رب العمل عن فصله باثبات التعسف في هذا الفصل وعدم الزام رب العمل بأن يثبت هو ما يبرر فصل العامل (راجع في هذا الشأن بلانيول وريبير الموجز ج ٢ طبعة سنة ١٩٤٩ نبذة ٢٩٨٣ ، كولان وكابيتان ج ٢ الطبعة الثامنة ص ٦٧٥ و ٦٧٦ نبذة ٧٥٠ ونقض فرنسى ١٣ فبراير ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ١ — ٦٨٣ والأحكام الأخرى المشار إليها في المرجع المذكور) .

وقرر الحكم ثالثا أن الفصل دون مبرر أو الفصل التعسفى يقتصر أثره على أن يخول العامل المفصول الحق في التعويض فقط وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ولا يخوله الحق في طلب الغاء فصله واعادته الى عمله الا اذا كان فصله مكوّنا للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن نقابات العمال .

وفي هذا أيضا قد وفق الحكم موضوع هذا التعليق كل التوفيق ، وليس ذلك لأن قواعد المسؤولية التقصيرية تقضى حتما بأن يكون التعويض في جميع الأحوال نقديا وتأبى أن يكون عند الامكان عينيّا بازالة الضرر فعلا أو وقفه مستقبلا ، بل لأن طبيعة عقد العمل وما ينشأ عنه من علاقة بين العامل ورب العمل تقتضى أن تقوم هذه العلاقة على استمرار التفاهم والتعاون بين الطرفين ، فلا يجوز ارغام أحدهما على بقاءه مرتبطا بالآخر رغم ارادته ، فوق أنه في الحياة العملية يتعذر تعاون الطرفين مادام أحدهما غير راغب في استمرار العقد (في هذا المعنى على العريف في شرح قانون عقد العمل الفردى سنة ١٩٥٣ ص ١٢٧) .

وقد راعى المشرع نفسه ذلك حتى في تشريعاته الأكثر رعاية لجانب العمال ، فإنه عندما نص في المادة ٦٩٥ مدنى على فسخ العقد بتعسف وفي المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ على فسخ العقد بلا مبرر لم يربط عليهما سوى حق العامل في التعويض ، وعندما نص في القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٣ — الذى أضاف به الى القانون سالف الذكر المادة ٣٩ مكرر — على حق العامل الذى يفصل من العمل بغير مبرر في أن يطلب وقف تنفيذ هذا الفصل بصفة مستعجلة ، نص صراحة على أنه اذا أجاب قاضى الأمور المستعجلة العامل الى طلبه ، تمن عليه أن يحيل القضية الى المحكمة المختصة لتفصل في موضوعها بالتعويض ان كان له محل ، وعلى أنه يجوز للمحكمة أن تقضى بإعادة العامل المفصول الى عمله اذا كان فصله مكونا للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن نقابات العمال ، أى ان المشرع نفسه اعتبر الأصل عدم جواز إعادة العامل المفصول الى عمله رغم ارادة رب العمل ، ولم يستثن من ذلك الا حالتين اثنتين : أولاها حالة الحكم بوقف تنفيذ قرار الفصل مؤقتا الى حين البت في موضوع الدعوى بالتعويض أو عدمه . ولا غشاضة من ذلك في هذه الحالة لأن رب العمل يستطيع أن يتفادى الاصطدام بالعامل المفصول بأن يكتفى بأن يدفع له مرتبه مدة نظره

الدعوى الموضوعية دون اعادته الى العمل فعلا ، والثانية هي الحالة التي يكون فيها رب العمل قد تحدى القانون واعتدى على حقوق العامل النقابية ذلك الاعتداء الذي تعتبره المادة ٢٣ المذكورة جنحة معاقبا عليها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائة جنيه ، فأراد المشرع أن يضيف الى هذه العقوبة الجنائية جزاء آخر هو ارغام رب العمل على اعادة العامل المفسول لشئون نقابية اعادة ليست مؤقتة فحسب بل نهائية . وقد أشار الحكم محل هذا التعليق الى هذه الحالة باعتبارها استثناء من مبدأ عدم أحقية العامل المفسول في طلب الغاء فصله واعادته الى عمله .

٣ - وأخيرا وفي ضوء ما تقدم من مبادئ عرضت المحكمة الى احدى الصور العملية لاستعمال حق الفصل ، وهي صورة سوء الحالة الاقتصادية العامة أو صورة ركود بعض أعمال رب العمل مما يضطره الى وقف العمل أو نقصه أو اعادة تنظيمه بشكل يوائم الحالة الاقتصادية ولو اقتضى ذلك الاستغناء عن بعض عماله ، فقرر أن استغناء رب العمل عن بعض عماله في هذه الظروف لا يعمد فصلا تصفيا مادام لم يثبت العامل المفسول بدليل قاطع وجود هذا التعسف .

والواقع أن المحكمة كانت من الناحية القانونية في غنى عن الإشارة الى الظروف التي اضطرت رب العمل الى الاستغناء عن بعض عماله ، إذ كان يكفيها أن تبني حكمها على عجز العامل المفسول عن تقديم الدليل القاطع على تصسف رب العمل في فصله لأن القاعدة العامة في الإثبات تقتضي بأن البيئة على من ادعى ، ولأن العامل هو المدعى بالمسؤولية فيجب عليه أن يثبت خطأ رب العمل في اقدمائه على فصله أو اسامته استعمال حق الفصل ، والا رخصت دعواه .

وبعبارة أخرى فإن رب العمل لا تتحقق مسؤوليته وفقا للقواعد العامة الا اذا أقام العامل المفسول الدليل القاطع على أن رب العمل قد سلك في فصله مسلكا لا يسلكه الرجل المعتاد أو على أنه استعمل حق

الفصل في احدى الحالات المذكورة في المادة ٥ مدنى • والى أن يقيم العامل هذا الدليل القاطع لا يطالب رب العمل باثبات أى شئ وإنما يكون له الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها العامل ودحضها أولا فأولا ، حتى يتفادى اقتناع القاضى بها •

فإذا استند رب العمل الى الظروف الاقتصادية العامة أو الى ظروف مؤسسته الخاصة التي اضطرته الى استعمال حقه في اختزال أعماله أو في إعادة تنظيمها ولو أدى ذلك الى الاستغناء عن بعض عماله ، فأنما يكون ذلك منه استعمالا لحقه في دفع المسؤولية عن نفسه لا قياما بمعبء اثبات يفرضه عليه القانون • وهو يكون في غنى عن استعمال هذا الحق الى أن يقيم العامل الدليل على الخطأ أو التصرف •

أما دفع المسؤولية استنادا الى مثل هذه الظروف فيرجع الى أن هذه الظروف تعتبر بمثابة القوة القاهرة أو الضرورة التي تلجئ الشخص الى سلوك معين هو سلوك الرجل المعتاد اذا ما وجد في مثل هذه الظروف • ولا نزاع في أن الرجل المعتاد اذا ساءت حالة بعض أعماله فأنه يلجأ الى إعادة تنظيمها وتوجيهها وجهة أخرى تتفق مع الحالة الاقتصادية . فيضم أقلاما الى أخرى اقتصادا في النفقات ، ويستغنى عن بعض الأعمال التي صارت مزاولتها غير مربحة وينشئ أعمالا جديدة يرجى لها النجاح في الظروف المستحدثة • وهو في مباشرة ذلك يكون له مطلق الحرية في تنظيم أعماله كما يشاء وفي الاحتفاظ بمن يشاء من العمال لمزاولة نشاطه حسب التنظيم الجديد وفي الاستغناء عن لا عمل لهم بحسب هذا التنظيم ولو اقتضاه الأمر تعيين عمال جدد تتوافر فيهم مؤهلات وكفايات خاصة يقتضيها العمل الجديد ولا تتوافر في العمال المستغنى عنهم •

وهذا يطابق ما جرى به القضاء وذهب اليه الفقه عندنا من قبل . فقد اطرده قضاء محكمة الاستئناف المختلطة على أن «نقص الأعمال يبرر الاستغناء عن بعض المستخدمين ، على أن يميل المستخدمون المستغنى عنهم المهلة الكافية» (١٥ مارس ١٩٢٢ البيلتان س ٣٤ ص ٢٣٥ ، ٢٧٠

يناير ١٩٠٩ البيتلان ص ٢١ ص ١٣٤ : ٢٦ ديسمبر ١٩٣٤ البيتلان ص ٤٧ ص ٧٤) • بل ان بعض الأحكام قضت بأن سوء حالة المؤسسة المالية اذا كان معلوما منذ زمن للمستخدمين فيها ، فانه يعفى صاحب المؤسسة من واجب اخطار العمال قبل فصلهم لأنه يجعل هذا الفصل أمرا متوقعا من آن الى آخر (عابدين الجزئية ١٥ نوفمبر ١٩٤٩ الحمامة ص ٣١ ص ٨٢٤ رقم ٢٥١) • وأخذ بذلك الدكتور حامد زكى في كتابه عن ايجار الأشياء وايجار العمل طبعة سنة ١٩٤٥ حيث قال في ص ١٥٦ : « واذا رجعنا الى أحكام القضاء في هذا الشأن وجدنا انها تعتبر سببا مشروعا للفصل خيانة الخدم وعدم اطاعة رؤسائهم بشكل ظاهر واجراء تخفيض في عدد المستخدمين بسبب أزمة اقتصادية حادة ... » •

ويقول الأستاذ على العريف في كتابه شرح قانون عقد العمل الفردى طبعة سنة ١٩٥٣ ص ١٢٥ و ١٢٦ : « انه فيما يتعلق بحالة توفير بعض العمال بسبب قلة الأعمال أو بسبب استخدام الآلات ، فالرأى الراجح أمام المحاكم هو جرية صاحب العمل في رغت من يشاء من عماله بدون التقيد بأقدمية أو كفاءة أو خلافة ، لأنه أدرى بمصلحته وهو المسئول وحده عن نجاح أو فشل المحل فضلا عن أن حسن التفاهم مسألة شخصية ، فلا تتقيد بكفاءة أو أقدمية » •

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن « رب العمل يملك وحده — في إعادة تنظيم أعماله على الوجه الذى يراه — تقدير الظروف التى تقتضيه إلغاء بعض الوظائف التى أصبح العمل فى غنى عنها ، واذا كانت أهمية الخدمات التى أداها العامل المفقول أو طول مدة خدمته يمكن مراعاتهما فى تقدير مبلغ التعويض الذى يستحقه العامل فى حالة فصله فصلا تسفيا ، فانهما لا يكتفيان وحدهما لتأسيس الحق فى التعويض » (نقض فرنسي مدنى ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ص ٥٠ ، ٢٤ فبراير ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ ص ١٧٧ سبرى ١٩٣٦ — ١ — ١٧٢ ، وأيضا نقض ١٠ مايو ١٩٣٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ ص ٣٧٨ ، نقض ٢٨

ديسمبر ١٩٣٢ حكمان في غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٤٠١ وأنظر في تأييد هذا القضاء مازوج ١ نبذة ٥٨٤ والمراجع العديدة التي أشار إليها) .

على أنه يرد على هذا المبدأ بلا شك تحفظ مفهوم ضمنا ، ذلك أن يكون فصل العامل راجعا الى استغناء العمل بحسب التنظيم الجديد عن خدمات مثله . أما اذا ثبت أن رب العمل انتهر غرضه ذلك التنظيم ليستبدل بأحد عماله عاملا آخر مماثلا له في صلاحيته للعمل الجديد وقدرته عليه دون أن يوجد أى وجه لمؤاخذة العامل المفصول مؤاخذة تستوجب الفصل ، كان رب العمل في ذلك مخطئا وحقت عليه المسؤولية (❖) .

٦ — تطبيق على حكم ابتدائي مصر ايجارات في حق المالك في طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل أوسع (❖❖) :

٢ أبريل ١٩٥٣ في القضية ٤٦٠٥ سنة ١٩٥٢ كلى مصر :

تطبيق : يتناول هذا الحكم مسألتين متعلقتين بطلب اخلاء المكان المؤجر بسبب الرغبة في هدمه واعادة بنائه بشكل أوسع عملا بالمادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وهاتان المسألتان هما : (١) مدى تقيد المالك أو عدم تقيد في هذا الطلب بمدة الاجارة المتفق عليها في العقد ، (٢) وبيان المقصود باعادة البناء بشكل أوسع .

(❖) وقد تم ادخال عدة تعديلات على قوانين العمل المشار اليها وأحدثها المعمول به الان هو القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٣ تابع في ١٢ أغسطس ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٢ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢١ في ٢٧ مايو ١٩٨٢ . (❖❖) منشور في مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة (١٩٥٣ / ١٩٥٤) ص ٩٤ من قسم القضاء .

ففيما يتعلق بهذه المسألة الأخيرة • استقر قضاء المحاكم على أن شرط إعادة البناء بشكل أوسع يعتبر متوافرا متى كان البناء الجديد يشتمل على عدد أوفر في المحلات أو المساكن من المبنى المطلوب هدمه (مصر الابتدائية ١٢ أكتوبر ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ — ٧٨٩ — ٤٢٨ ، الاسكندرية الابتدائية ١١ ديسمبر ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ — ٥٥٥ — ١٥٤) •

وذهبت بعض المحاكم الى أن استعمال الحق في طلب الاخلاء لهذا السبب مشروط بأن يكون البناء الجديد على مساحة أوسع أو بارتفاع أكبر من البناء المطلوب اخلاؤه (مصر الابتدائية ٢٦ سبتمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ — ١٠٧٧ — ٤٤٥ ، الاسكندرية الابتدائية ٢٢ يولييه ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ — ٣٩٥ — ١٢٥) • فجاء الحكم موضوع هذا التعليق ممززا القضاء السابق اذ قرر أن التوسعة المطلوبة تتوافر بزيادة الارتفاع وزيادة عدد المساكن والمحلات وأنه لا محل لاشتراط زيادة في مساحة المبنى الجديد لأن هذا الشرط لا يستند الى نص من نصوص القانون •

أما فيما يتعلق بالمسألة الأولى ، فإن الحكم موضوع التعليق قد خالف ما جرى عليه قضاء المحاكم قبل ذلك حيث كانت المحاكم تقضى بأن على المالك الذي يرغب في هدم البناء واعادته بشكل أوسع أن ينتظر لذلك حتى تنتهي مدة العقد الاتفاقية أو المجددة حتى لا يحرم المستأجر من مزية عقده الذي عول عليه (أنظر بوجه خاص مصر الابتدائية ٣ نوفمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ — ١٠٨٢ — ٤٥١ ، ١٩ فبراير ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ — ٥٠٨ — ٢٧٨) •

فجاء الحكم الجديد قاضيا بأن المالك لا يتقيد في ذلك بانتهاء مدة العقد بل يجوز له في أي وقت طلب الاخلاء لاعادة البناء بشكل أوسع والحصول على حكم باخلاء العين فعلا من المستأجر قبل أن تنتهي مدة عقد الأخير •

وقد استند هذا الحكم فيما ذهب اليه الى حجج لا نراها مقنعة البتة . فهو يقول (أولا) أن المشرع اذ نص في الماده الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على اعتبار الرغبة في الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع من المسوغات التي تجيز طلب الاخلاء استثناء من الحكم الذي أورده في صدر تلك الماده لم يفرق بين هذا المسوغ والمسوغات الأربعة الأخرى التي نصت عليها الماده المذكورة ولم يعلق في جميع الحالات المنصوص عليها في هذه الماده الحكم بالاخلاء على انتهاء مدة عقد الايجار وأنه لم يفعل ذلك عن سهو بل عن عمد لأن بعض هذه الأسباب يرجع الى مخالفات تعاقدية من جانب المستأجر يقرتب عليها هسخ العقد وبعضها يرجع الى طبيعة المكان وحالته التي تستدعى تدخلا سريعا لحماية الساكنين ، والأخيرة منها (وهي الرغبة في الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع) قصد بها المصلحة العامة والاسراع في اقامة مباني جديدة تحقق التوسعة التي تفرج أزمة المساكن .

وهذا القول مردود بأن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وما سبقه من تشريعات استثنائية كان هدفها جميعا حماية المستأجرين ضد عسف المؤجرين ، ولذلك كان الحكم الرئيسي الذي جاءت به هذه التشريعات هو تقرير امتداد عقود الاجارة السارية وسلب المؤجر حق انتهاء تلك العقود أو حق طلب اخلاء الأماكن المؤجرة عند انتهاء مدتها ، ثم استدرك المشرع على ذلك واستثنى من مبدأ امتداد الاجارة امتدادا قانونيا الى حين صدور تشريع آخر يضع حدا لهذا الامتداد بعض حالات رأي لهما ما يسوغ للمؤجر أو للمالك استعمال حقه الأصلي في طلب انتهاء العقد واخلاء العين المؤجرة . وكانت هذه الحالات المستثناة أول الأمر مقصورة على حالة التأخر في سداد الأجرة وحالة اساءة استعمال العين المؤجرة وحالة الضرورة الملجئة ، ثم أضاف القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٦ الى النص الذي كان يتضمن الحالتين الأوليين حالة التأجير من الباطن دون اذن من المالك ، وأضاف القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ اليه حالتين جديدتين أولاهما حالة العين المؤجرة التي أصبحت آيلة للسقوط وثانيتهما حالة

رغبة المالك في هدم المكان المؤجر واعادة بنائه بشكل أوسع . ومن الواضح أن المشرع إذ أضاف هذه الأسباب الأخيرة الى المادة التي كانت تنص على السببين الأولين إنما قصد الحاقها بهما في اعتبارها مسوغات للاخلاء استثناء من حكم الامتداد القانوني ولم يقصد التسوية بينها جميعا في أحكامها التفصيلية ، أى أنه قصد بذلك أن يرتب على هذه المسوغات رفع الحماية الخاصة التي أسعها التشريع الاستثنائي على المستأجرين ولم يقصد أن يرتب عليها رفع الحصانة التي يتمتع بها المستأجرون بحكم القواعد العامة الا بالقدر الذي تقره هذه القواعد ذاتها . وظاهر أن القواعد العامة تجيز لمسح الايجار قبل انتهاء مدته لأى سبب من الأسباب الأربعة الأولى التي نصت عليها المادة الأولى وهي التأخر في سداد الأجرة واساءة استعمال العين المؤجرة والتأجير من الباطن دون اذن كتابي من المالك وسوء حالة العين المؤجرة متى أصبحت آيلة للسقوط ، ولكنها لا تجيزه في الحالة الخامسة وهي حالة الرغبة في الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع . فإذا كان يجوز القول بأن المالك لا يتقيد بمدة العقد في أربع الحالات الأولى لأن القواعد العامة نفسها تسمح له بذلك ، فإن هذا القول لا يصح في الحالة الخامسة لأن القواعد العامة لا تسمح به (راجع كتابنا في شرح قانون ايجار الأماكن سنة ١٩٥١ نبذة ٢٣) .

أما القول بأن المشرع قصد التسوية بين حالة الهدم لاعادة البناء والحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون تغليبا للمصلحة العامة في تفريغ أزمة المساكن على مصلحة الفرد الخاصة ، فإنه يتعارض مع الروح العامة التي أملت التشريع الاستثنائي . فقد قدمنا أن الهدف الذي رمى اليه المشرع بهذا القانون هو حماية المستأجر من عسف المؤجر بتقييد حقوق الأخير وسلطاته وفرض بعض التوضيحات عليه رعاية لمصالح المستأجر بل رعاية للمصلحة العامة في عدم تشريد جمهور المستأجرين ، فلا يتفق مع هذه الروح القول بأن المشرع أجاز في هذه الحالة سلب حقوق المستأجر التي يخولها اياه القانون العام قبل التشريع الاستثنائي وتخويل المؤجر مزية خطيرة لا حق له فيها بمقتضى

القواعد العامة • هذا فضلا عن أن المشرع لو أراد هذا الخروج على القواعد العامة لتعين أن ينص عليه صراحة • وهو لم يفعل ذلك فلا يصح أن تنسب إليه هذه الإرادة •

أما الحجة الأخيرة التي استند إليها الحكم موضوع التعليق فهي أن المشرع لو أراد احترام مدة العقد في حالة طلب الإخلاء للهدم وإعادة البناء لنص على ذلك صراحة كما نص عليه في المادة الثالثة بشأن الإخلاء للضرورة الملجئة ، وأن عدم نصه على ذلك ليس معناه ترك الأمر للقواعد العامة لأنه لو اعتبر مجرد عدم النص بمثابة إحالة على القواعد العامة لاستغنى في المادة الثالثة عن النص على عدم جواز طلب الإخلاء بسبب الضرورة قبل انتهاء مدة العقد •

وهذه الحجة بشقيها مردودة بما سبق أن بيناه من أن قصد عدم تقييد المالك بمدة العقد هو الذي كان يحتاج إلى نص لا العكس ، وبأن النص في المادة الثالثة على احترام مدة العقود في حالة الاستعداد إلى الضرورة الملجئة لم يقصد به إيجاب احترام هذه المدة الواجب احترامها بحكم القانون العام بل أريد به الزيادة في ذلك بامهال المستأجر ستة أشهر إذا كانت المدة الباقية من العقد أقل من ذلك ، ولولا هذا القصد الأخير لما احتاج الأمر إلى النص في المادة الثالثة على احترام مدة العقد •

لذلك نرى أن الأحكام السابقة كانت على حق في تقييد المسالك في استعمال حق الإخلاء للهدم وإعادة البناء بوجوب انتظار نهاية المدة المتفق عليها في العقد أو المدة المجددة ، وأن الحكم موضوع هذا التعليق قد جانب الصواب فيما ذهب إليه خلافا لذلك •

على أن القول بأن الإخلاء للهدم وإعادة البناء لا يجوز قبل انتهاء مدة العقد لا يعني أن دعوى الإخلاء المبنية على هذا السبب يجوز دفعها بعدم القبول لمجرد كونها قد رفعت قبل انتهاء مدة العقد ، وإنما المقصود أنها تكون مقبولة ويجوز نظرها في أثناء هذه المدة على أن يعين الحكم

موعدا للاخلاء يقع بعد انتهاء مدة العقد (في هذا المعنى مصر الامتدائية
الدائرة الثالثة عشرة : بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٥٣ في القضية رقم ٣٨٥٥
لسنة ١٩٥٢ غير منشور) (*) .

(*) يلاحظ ان القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ قد استحدث نصا خاصا في هذا
الموضوع جسم به هذا الخلاف حيث نصت المادة ٤٩ منه على شروط استعمال
المالك هذه الرخصة وجعلت من بينها : . . . (٥) أن يحدد المالك موعدا يتم
فيه الاخلاء على ألا يكون هذا الموعد قبل انقضاء أطول مدة ايجار متفق عليها
في وحدة من وحدات المبنى وبشرط الا يقل عن ستة اشهر من تاريخ التنبيه
بالاخلاء (يراجع في ذلك كتابنا في شرح قانون ايجار الاماكن الطبعة الثامنة
ج ٢ سنة ١٩٨٣ ص ٦٧٤) .

والمؤلف أيضا

بحوث أخرى لم تدرج في هذه المجموعة هي :

١ — القانون المضرى الجديد للأثبات في المواد الجنية ومقارنته بقوانين البلاد العربية (مجلة معهد البحوث والدراسات العربية السنة الأولى سنة ١٩٦٦) .

٢ — التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجار الاماكن (القانون رقم ٥٢ / ١٩٦٩) . مجلة معهد البحوث والدراسات العربية المجلد الثانى سنة ١٩٧٠ .

٣ — التعديلات المستحدثة في قوانين ايجار الاماكن بالقانون رقم ١٣٦ / ١٩٨١ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٨٣ ، العدد الخاص بالعيد المنوى لكلية الحقوق جامعة القاهرة من ص ٩٧ الى ص ١٦٢) .

٤ — نظرية الصالح المخلط ونظرية التفرع والتبعية امام محكمة النقض المصرية (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة عدد نوفمبر ١٩٣٦ باللغة الفرنسية) :

La théorie de l'intérêt mixte et celle de l'accessoire devant la cour de cassation égyptienne (Al Qanoun Wal Iqtisad, 6e année 11/1936).

٥ — التزام النفقات في القانون المخلط (مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد فبراير ١٩٣٧ ، عدد فبراير ١٩٣٧ باللغة الفرنسية) :
De l'obligation alimentaire en droit mixte.
(Al Qanoun Wal Iqtisad 7e année 2/1937).

٦ — المسؤولية عن الاشياء في القانون المصرى ، تقرير مقدم للمؤتمر الدولى الثانى للقانون المقارن بلاهاى (مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد مايو ١٩٣٧) :

La responsabilité du fait des choses en Droit égyptien. Rapport présenté 2^e congrès international de Droit comparé tenu à la Haye en 1937.

(Al Qanoun Wal Iqtisad 7^e année 1937 pp. 313-327.

٧ — مقال في ضرورة إخضاع المحكمة المختطة لرقابة محكمة النقض
المصرية (مجلة مصر القضائية ، السنة السادسة سنة ١٩٣٨ العدد
١٠٣).

De la nécessité de Soumettre les Tribunaux Mixtes au contrôle
de la cour de cassation égyptienne (L'Egypte Judiciaire, 6^e année
1937 no 153.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
تقديم	ج

القسم الأول

بحوث وتطبيقات على الأحكام

في المسؤولية المدنية

الفرع الأول : في المسؤولية المدنية المبنية على خطأ ثابت

(١) البحوث

(١) في ضبط معيار الخطأ أساس المسؤولية المدنية	٢
تعريف الخطأ وعناصره	٣
التوسع في المسؤولية من طريق الحد من العنصر النفسى للخطأ	٦
التوسع في العنصر المادى للخطأ	٩
أولا : التوسع من طريق اقرار واجبات قانونية بغير نصوص	١٠
(أ) محاولة بلاتويل	١٠
(ب) محاولات ريبير وسلفاتيه	١٢
(ج) فكرة وجود واجب قانونى عام بعدم الإضرار بالغير أو اتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير	١٥
(د) فكرة السلوك المعتاد والمعيار الموضوعى	١٩
(هـ) فكرة الواجبات القانونية المستقبلية لحقوق الآخرين	٢٢
ثانيا : تعيين مدى الواجبات القانونية والحاجة في ذلك الى معيار وضبط هذا المعيار	٢٠

الصفحة

الموضوع

- ٣١ معيار ممالك الرجل المعتاد في مثل ظروف الفاعل الخارجية .
نقد التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية والاستماعة
٤١ عنها بالتفرقة بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة
موقف القضاء المصرى من ذلك والاستماعة بالمصادات الجارية
٤٤ بعد تنقيتها من شوائبها
(٢) عدم جواز الخبرة بين المسئولين العقبة والتقصيرة
وضع المسئلة :

(أولا) في القانون الفرنسى :

- (أ) فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى ٥٣
(ب) فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة ٦٢

(ثانيا) في القانون المصرى :

- (أ) في ظل التقنين الملى من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٩٤٩ ٦٨
(ب) في ظل التقنين المدنى القائم ٦٨
(١) فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى ٧٦
(٢) فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة ٨٢

(ب) تعليقات على الاحكام

(أولا) في المسئولية الجنية على خطا ثابت

- (١) في تكيف الفعل الضار واختصاص المحكم الجنائية بالدعوى
المدنية واثر حكم البراءة في دعوى التعويض ١٠٦
(أ) استغلال الخطا المدنى عن الخطا الجنائى وجواز الحكم
بالتعويض مع البراءة سواء على اساس خطا مدنى ثابت
او على اساس خطا مفترض او على اساس المسئولية
العقبة ١٠٦
(ب) تعيين السبب في دعوى المسئولية المدنية ١٢٤
(ج) ترجيح نظرية وحدة السبب في المسئولية المدنية وما يقرب

الصفحة

الموضوع

- عليها من نتائج (وانظر تعنيقا آخر في الموضوع ذاته
 ص ١٦٢ و ص ١٦٥) ١٣٦
 (د) اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية (وانظر تعنيقا
 آخر في موضوع ذاته ص ١٥٧) ١٤٦
 ١ — وسليقا آخر بشأن اختصاص المحكمة الجنائية بدعوى
 التعويض عن الأخلال بالمعقد ١٦٨
 ٢ — تعليق على حكم بشأن الترتيب الواجب اتباعه في شأن اثبات
 كل من ركبي الخطأ وانضرر ١٧١
 ٣ — تعليق على حكم بشأن عدم مسئولية الموكل عن تجاوز الوكيل
 حدود الوكالة ١٧٢
 ٤ — تعليق على حكم بشأن مسئولية مصلحة السكك الحديدية
 عن حوادث المجازات السطحية (المرتكبات) ١٧٧
 ٥ — تعليق على حكم آخر في شأن الموضوع ذاته ١٨١
 ٦ — تعليق على حكم بشأن المسئولية عن طلب تاجيل الدعوى
 مرات متعددة ١٨٣
 ٧ — تعليق على حكم بشأن مسئولية المدول عن الخطية ١٨٥
 ٨ — تعليق على حكم بشأن الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق
 ١٩٢
 ٩ — تعليق على حكم بشأن إساءة استعمال حق الطلاق ٢٠٠
 ١٠ — تعليق على حكم بشأن المسئولية عن الإجراءات الكيدية وعن
 النواطئ بشأنها ٢٠٣
 ١١ — تعليق على حكم في خطأ المصاب وأثره في التعويض الذي يطلب
 والده بصفته الشخصية ٢٠٤
 ١٢ — تعليق على حكم بشأن أثر رضا المصاب في دفع المسئولية
 المدنية ٢٠٦
 ١٣ — تعليق على حكم بشأن مسئولية المهندس والمقاول وإسناد
 التضامن بينهما ٢٠٧
 ١٤ — تعليق على حكم في شأن تقدير التعويض وواجب الضرور في
 وقف الضرر ٢١٠
 ١٥ — تعليق على حكم بشأن الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية
 التي يمنحها الموظف الذي يصاب بسبب تأدية أعمال وظيفته
 ٢١٦
 ١٦ — تعليق بشأن حكم آخر في الموضوع ذاته ٢١٨
 ١٧ — تعليق على حكم بشأن انتقال الحق في التعويض الى ورثة
 المجنى عليه ٢٢٤

الصفحة

الموضوع

- (أ) الضرر المادى الذى يصيب المال مباشرة ٢٢٩
- (ب) الضرر المادى الذى يصيب المال من طريق اصابة
الجسم ٢٢٩
- (ج) الضرر الادبى ٢٣٠
- (د) الضرر الذى يصيب الانسان فى حياته او ضرر الموت ٢٣٣
- ١٩— تعليق على حكم آخر بشأن تعويض الضرر الادبى ٢٣٩
- ٢٠— تعليق على حكم فى مسؤولية الناقل الجوى للركاب ٢٤٨
- (أ) طبيعة مسؤولية امين نقل الركاب ٢٥١
- (ب) قيمة الشروط المطبوعة على تذاكر السفر بتحديد مسؤولية
أمين النقل بمبلغ معين ٢٦١
- (ج) انتقال حق المصاب فى التعويض الى ورثته ٢٦٤
- (هـ) ضرر الموت : طبيعته وانتقال الحق فى التعويض عنه
الى الورثة ٢٧٤
- ٢١— تعليق على حكم نقض فى شأن امكان اجتماع المسئولين
العقدية قبل الدائن والمسئولية التقصيرية قبل الغير ٢٨٧
- (أ) مسؤولية امين النقل التقصيرية قبل والد الركاب المصاب ٢٨٨
- (ب) مسؤولية العقدية قبل ورثة الركاب عن الضرر الذى
اصابه شخصيا (ضرر الموت) ٢٩١
- ٢٢— تعليق على حكم استئناف الاسكندرية بشأن مسؤولية الناقل
الجوى ٢٩٥
- (أ) تعيين الخطا العقدى وقيام المسؤولية العقدية وطريقة
دفعها ٣٠٣
- (ب) الخبرة بين المسئولين العقدية والتقصيرية او عدهما ٣٠٦
- (ج) سلطة المحكمة فى تكييف المسؤولية ٣٠٧
- ٢٣— تعليق على حكم فى مسؤولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى ٣١٠

الصفحة

الموضوع

- (١) مسؤولية الطبيب : نوعها ومداها ٣١٠
 (ب) سلطة محكمة الموضوع في إستخلاص المسؤولية من
 الوقت ٣٢٥
 (ج) مسؤولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب باعتبار هذا
 الآخر . تابعاً للمستشفى (نوع التبعية) ٣٢٨
 ٢٤ — تعليق على حكم بشأن مسؤولية الطبيب الاخصائى ٣٣٦

(ثانياً) في المسؤوليات المفترضة

١ — مسؤولية الراعى المفترضة :

- (١) مسؤولية الاب عن اعمال ولده الضرارة ٢٤٠
 (ب) مسؤولية الاب عن اعمال ولده ومقدار ارتباطها بمن
 الولد ٢٥٣
 (ج) متى تنتهى مسؤولية الاب المفترضة عن اعمال ولده . . . ٢٦٢
 (د) مسؤولية الاب عن اعمال ولده ومتى تنتهى ؟ ٢٧٩

٢ — مسؤولية المربي ومسؤولية المدرسة :

- (١) مسؤولية المربي عن اعمال تلاميذه واثـر ظـرف المفاجأة
 في تعدى تلميذ على زميل له ٢٨٣
 (ب) مسؤولية المعلم المفترضة وجواز دفعها باتيسات وقوع
 الحادث مفاجأة ٢٨٤
 (ج) مسؤولية المدرسة عن ضمان سلامة التلاميذ في رحلة
 نظمتها مسؤولية تعاقبية ٢٨٧

٣ — مسؤولية السيد عن فعل تابعه :

- (١) تعيين مدى مسؤولية السيد عن فعل تابعه ٢٩٠
 (ب) مسؤولية السيد عن الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات
 (ج) مسؤولية السيد عن خطأ تابعه بتجاوز حدود وظيفته . . ٢٩٨

الموضوع	الصفحة
١٥ التحفظات التي ترد على هذه الأخيرة	٤١٧
(١) تعامل المصاب مع التابع وهو عالم يتجاوز الأخير حدود وظيفته	٤١٧
(٢) ارتكاب التابع الفعل الضار بدافع شحصى	٤١٨
تطبيق آخر على حكم بشأن شرط ونوع فعل التابع حتى تأدية وظيفته	٤٢٤
تعليقات أخرى في مسؤولية السيد	٤٢٤
(١) في مسؤولية السيد عن فعل تابعه هل يشترط تعيين شخص التابع الذي ارتكب الفعل الضار ومخاضته في الدعوى	٤٢٢
ب) مسؤولية المتبوع بوجه عام	٤٤٧
(ج) مسؤولية المتبوع المرضي	٤٥٦
(د) مدى مسؤولية المتبوع	٤٦١
١) مسؤولية السيد عن تجاوز تابعه حدود وظيفته	٤٦١
٢) مسؤولية السيد عن فعل تابعي تابعه	٤٦١
٣) مسؤولية السيد القاصر	٤٦٥
او) التضامن في المسؤولية بين السيد وتابعه وجواز توجيه دعوى الضمان الفرعية من أولها الى الثاني	٤٦٧
ز) مسؤولية صاحب العمل عن أعمال الخاول	٤٧٣
(ح) مسؤولية الحكومة عن أعمال الخاول	٤٧٥
(ط) مسؤولية مالك السفينة عن فقد أحد بحارتها	٤٨٠
١ — مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة من الأعمال الواقعة من خطر الفيضان	٤٨٧
٢ — مسؤولية مالك الفناء	٤٨٩

الصفحة

الموضوع

ثالثا : المسؤولية المدنية في التقنين المدني الجديد

ونظرية دفع المسؤولية المدنية

٤٦٥	(أ) المسؤولية المدنية في التقنين المدني الجديد — مقالان منشوران في مجلة 'المستريح والقضاء'
٤٦٥	المسؤولية الخاصة للقواعد العامة
٥٠٨	المسؤوليات الخاصة
٥٢٢	(ب) نظرية دفع المسؤولية المدنية — ترجمة تلخيص النظرية كما نشر في مجلة مصر القضائية السنة الخامسة العدد ١٥٨
٥٣٦	ج تقديم 'لنظرية بقلم الأستاذ ليون مازو وتقديرها من أمة أئمة أخرى والفقه الفرنسي'

القسم الثاني

بحوث وتطبيقات على الأحكام

في مسائل أخرى من مسائل القانون المدني

أولا : البحوث

٥٤٢	— تود المحررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على 'لورث الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت'
٥٤٦	(أ) 'القواعد العامة في حجية المحررات'
٥٤٦	(ب) القاعدة الخاصة بشأن حجية المحرر العرفي بتاريخه
٥٥٧	(ج) عدم حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير
٥٦١	(د) الأشخاص الذين يعتبرون من الغير في هذا المعنى
٥٦٢	(هـ) الخلف الخاص
٥٦١	(و) الدائنون الحاجزون
٥٧٠	(ز) الدائن رافع الدعوى غير المباشرة
٥٧٢	(ح) الدائن رافع الدعوى البولصية
٥٧٧	(ط) عرض الخلاف بشأنهما وحسمه
٥٨٢	(ي) يعتبر وارث المريض مرض الموت غيرا بالنسبة لتساريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ؟

الصفحة

الموضوع

- (ك) عرض الخلاف وحجج الفريقين وترجيح القول بأن الوارث لا يعتبر من الغير في هذا الصدد ٥٨٩
- تحول الفقه والقضاء أخيراً إلى هذا الرأي ٦٠١
- ٢ — نظرية تبعة الهلاك ٦٠٣
- (أ) في العقود الملزمة لجانب واحد ٦٠٤
- (ب) في العقود الملزمة للجانبين ٦٠٧
- (ج) القاعدة العامة ٦١٣
- (د) تطبيق القاعدة على عقود البيع والتصرف والتوفيق بين النصوص المختلفة في القانونين المصري والفرنسي بالاستعانة بفقه الشريعة الإسلامية ٦١٣
- ٣ — في فضل بعض نظم الشريعة الإسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الغربية ٦١٢
- ٤ — التقنين المدني المصري الموحد (مصادره وخصائصه ودوره في المستقبل) ٦٥٢
- ٥ — بعض ملاحظات واقتراحات متعلقة بنصوص التقنين المدني بمناسبة الشروع في توحيد القانونين المصري والسوري ٦٧٠
- ٦ — القانون المدني العربي الموحد (الأمل وكيفية تحقيقه) ٦٨٠
- (أ) قرارات مجلس جامعة الدول العربية ٦٨٠
- (ب) تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدني فيها وبيان تاريخ القانون المدني المعمول به في كل منها ٦٨٢
- (ج) استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساساً لتوحيد القانون المدني في الدول العربية ٦٩٥
- (د) ضرورة التزام هذا الاتجاه العام في وضع التقنين المدني العربي الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه في هذا الاتجاه في المرحلة الحالية ٦٩٨
- (هـ) أسلوب العمل المقترح ٧٠٦

الصفحة

الموضوع

ثانيا : تعليقات على الأحكام

- ١ — هل تعتبر محاسبة أحد الدينين المتضامنين من نصيبه في الدين
تنازلا عن التضامن بالنسبة له ؟ ٧٠٩
- ٢ — دعوى الضمان الفرعية ،ايجوز توجيهها من أحد المحكوم
عليهم بالتضامن ضد الآخرين ؟ ٧١٦
- ٣ — اثر الاضراب في فسخ عقد العمل ٧١٨
- ٤ — هل يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطالان حكم نهائي ؟ ٧٢٢
- ٥ — حق رب العمل في اعادة تنظيم عمله بسبب ازمه اقتصادية
وحقه في فصل العامل لهذا السبب ٧٣٠
- ٦ — حق المالك في طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل اوسع ٧٤٢

إبريق للعبادة

مكتبة السلام

١. مشروع السيد هاشم المتفوح من محل الأمان . مدرسة المليك :
٦٤١٨٣٣ ت ١٨٣٣ - - - - -

أ. م. هـ

٢١٣

للمؤلف

(أ) كتب متاحة حالياً :

— شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثامنة الجزء
الثاني سنة ١٩٨٣

— عقد البيع سنة ١٩٨١

— عقد الايجار سنة ١٩٨٥

— أصول الاثبات واجراءاته جزآن سنة ١٩٨١ وسنة
١٩٨٦

— « الوافي » في شرح القانون المدني :

الجزء الأول : شرح الكتاب التمهيدي للتقنين المدني
سنة ١٩٨٧

الجزء الثاني : الالتزامات — المجلد الأول : نظرية
العقد والارادة المنفردة سنة ١٩٨٧

(ب) كتب تحت الطبع والاعداد :

— « الوافي » الجزء الثاني :

المجلد الثاني : في الفعل الضار والمسؤولية المدنية
المجلد الثالث : في الفعل النافع والإثراء بلا سبب
المجلد الرابع : في أحكام الالتزام .

إبراهيم للطباعة
مطبعة السلام